

12

POR

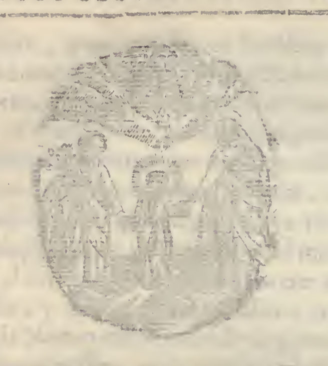
DON FRANCISCO RODRIGVEZ de Alfaro, Cauallero del Orden de Santiago, vezino de la Ciudad de Seuilla,

CON

El señor Fiscal del Real, y Supremo Consejo de las Indias; Don Pedro Monjardin, y sus acreedores.

SOBRE

Que se declare obstarles la excepcion de cosa juzgada de las sentencias del Consulado, Iuez de Alzadas, y sus adjuntos, que se dieron à fauor de dicho Don Francisco; y en su consequencia se le haga pago del alcance liquido que resultò à su fauor de la cuenta ajustada por Contadores nombrados por las partes, en fuerça de la referida executoria, de la mitad del Nauio Nuestra Señora del Rosario, y San Ioseph, sus fletes, y aprouechamientos.



POR

DON FRANCISCO RODRIGVEZ
de Alfaro, Cauallero del Orden de Santiago, vezino de la Ciudad de Seuilla,

CON

El señor Fiscal del Real, y Supremo Consejo de las Indias, Don Pedro Monjardin, y sus acreedores.

SOBRE

Que se declare obstarles la excepcion de cosa juzgada de las sentencias del Consulado, Juez de Alçadas, y sus adjuntos, que se dieron à favor de dicho Don Francisco; y en su consequencia se le haga pago del alcance liquido que resultó à su favor de la cuenta ajustada por Contadores nombrados por las partes, en fuerça de la referida executoria, de la mitad del Navio Nuestra Señora del Rosario, y San Joseph, sus fletes, y aprovechamientos.

✠

DIEZ Años ha que tuvò principio eſte pleyto, y auiendole ſeguido Don Franciſco con aquella actiua diligencia, que la reſtauracion de caudal tan conſiderable hazia preciſa, y pueſtole en el deſeado fin de auer conſeguido executoria à ſu fauor; quando le pareciò que ſolo reſtaba coger el fruto del dilatado tiempo que en ſu ſeguimiento ha conſumido; de las conſiderables coſtas, y gaſtos que en èl ha hecho; de las continuas moleſtias, è inquietudes que en èl ha padecido; que eſtas ſon las vtilidades que produce vn largo litigio, (1) ſe halla tan à los principios, como quererſele diſputar por los acreedores, à quienes coadjuba el ſeñor Fiſcal, la juſtificacion de las ſentencias del Iuez de Alçadas, y la de los adjuntos, pretendiendo nulidad dellas: que, à no tener el conſuelo de que el Conſejo ha de ſer quien lo ha de decidir, cuyo alto inſtituto es, no dar lugar à que ſe exciten pleytos, y que los fenecidos tengan puntual execucion, maxima en que và tan intereſſada la cauſa publica, y conſeruacion de los vaſſallos, (2) le fuera preciſo deſiſtir dèl, abandonando tan quantioſo caudal; mas alentado de la referida conſideracion, y con la certeza de que ha de ſer atendida ſu juſticia, ſe determina à explicarla: y como de la legalidad del hecho depende el logro del acierto en todas las determinaciones; (3) eſpecialmente ſi le acompaña la claridad que tanto amaron las leyes, (4) antes de paſſar à diſcurrir en los fundamentos juridicos, ſe harà vn breue reſumen dèl, con aquella juſtificacion que acreditarà el deſengaño, en quien quiſiere reconocer los autos.

(1)
L. 3. verſ. Non tamen, ff. de alienation. iudic. mutand. cap. fin. de dolo, & contum. Clem. *Diſpendioſam de iudic.* Carol. Scrib. *in inſtit. Polit. Chriſt. lib. 2. c. 9.* D. Solor. *de Ind. iur. lib. 3. cap. 3. n* 8. D. Larr. *deciſ.* 38. *n.* 14. *& quos plena manu congerit* Mar. Giurb. *de feud.* § 2. *gloſ.* 1. *ex n.* 4. *vſque ad* 9.

(2)
L. Minoribus, ff. de minoribus, Iuſt. Lipſ. *lib. 2. ciuil. doctrin. cap.* 5. Calixt. Ramir. *de leg. Reg.* § 5. *n.* 2. Camil. Borr. *de præſtant. Reg. Cathol. cap.* 66. *n.* 3. Barclay. *in Argenid. lib. 3. pag. mihi* 375. Vermul. *diſſert. polit. diſſert.* 6.

(3)
Vt docet Libanius Sophiſta *in declamat.* 1. ibi: *Primum neque nos, quæ par eſt conſequemur, neque vos, quæ oportet cognoſcetis, niſi negotium, vt geſtum eſt, ita narretur.*

(4)
Aſsi lo ſintiò el Emperador Iuſtiniano *in authent. de teſtament. imperfect. tit.* 8. *collat.* 8. *num.* 1. ibi: *Quid namque proprium eſt legum, ſicut claritas?*

RESVMEN DEL HECHO.

2 ES Hecho conſtante, que eſtando para rematarſe el Nauio Nueſtra Señora del Roſario, y ſeñor San Ioſeph, que era propio de ſu Mageſtad, por Febrero del año paſſado de 80. hablò D. Pedro Monjardin à D. Franciſco Rodriguez de Alfaro, en orden à ſi queria entrar en la compra de la mitad del dicho Nauio, que èl compraria la otra, y entre los dos ſe carenaria, y apreſtaria para el viage, que de proximo eſtaba para hazerſe à la Nueua Eſpaña en la Flota del cargo del General Don Gaſpar Manuel de Velaſco.

2 Cuya propoſicion aceptò Don Franciſco de Alfaro, y diò orden al Monjardin para que lo compraſſe, la mitad para cada vno; y con efecto, en virtud

desta orden hizo postura, y se le rematò el dicho Nauio en 45ʉ.pesos en 20. de Febrero del dicho año de 80.y el dia 30. de Março se entregaron por cuenta del dicho precio por Monjardin 35ʉ875.pesos, y este mismo dia se abonaron en la caxa de Don Ioseph de Morales, Comprador de oro, y plata, à Monjardin 18ʉ. pesos por vale de la misma cantidad, que le entregò Don Francisco de Alfaro, y despues le entregò la restante cantidad, cumplimiento à 22ʉ500. pesos, que era el precio de la mitad del dicho Nauio, que pertenecia al dicho Don Francisco.

3 Tambien es cierto, que el dicho Don Francisco de Alfaro prepuso à Roque Ximenez de Lara para la carena, aprestos, ranchos, y pertrechos del Nauio, hasta ponerlo à la vela, à quien fue remitiendo partidas, que compusieron 14ʉ84. pesos, gastando la demàs cantidad Monjardin en su mitad; con que puso el dicho Don Francisco en el precio, y gastos de su mitad de Nauio 36ʉ584. pesos.

4 Despues del remate, y entrego de 35ʉ750. pesos por cuenta del precio, inclusa en ellos la cantidad que tocò à Don Francisco pagar, que fue por Março del dicho año de 80. empezò Don Pedro Monjardin à contraer obligaciones, y debitos por si solo, que la primera empezò por Abril del dicho año, y entre ellas ay vna que hizo à fauor de Don Francisco Rodriguez de Alfaro, en que se obligò à pagarle cierta cantidad por el vino, y vinagre que le diò para el rancho del Nauio, sin hazer mencion de compañia; y en todas las mas de las obligaciones que hizo hasta en cantidad de 106ʉ85. pesos, no mencionò ser dueño del dicho Nauio, sino solo para señalar el riesgo en èl, y en las mercaderias que ivan de su cargo. Y en dos, ò tres, en que parece que hipotecò el dicho Nauio, està el otorgamiento de las escrituras el dia 7. de Iulio del dicho año de 80. quando estaba à la vela. Y es sin disputa, que para tomar los caudales arriba referidos, no precediò la licencia, y permiso del Consulado, que està preuenida por diferentes Cedulas, en que se prohibe no poder tomar dinero alguno à riesgo sobre Nauio que và à Indias, sin la referida licencia, dando por nulas las escrituras, condenando al Escriuano en priuacion de oficio, y à los que dieren, ò recibieren el dinero, en perdimiento de bienes.

5 Tambien es hecho cierto, que el dia 7. de Iulio de 80. otorgaron escritura Don Francisco de Alfaro, y Don Pedro Monjardin, en que declaran los pregones, y remate que se hizo del dicho Nauio, y como fue en 45ʉ. pesos, y que cada vno puso, y pagò su mitad; y assimismo que cada vno auia puesto 14ʉ80. pesos para la carena, despacho, y aprestos del dicho Nauio, con que auia corrido Roque Ximenez de Lara, y que por la priessa del viage, no se auian podido ajustar las cuentas; por tanto, se convenian en que estaràn, y passaràn por el ajuste que el dicho Roque Ximenez hiziere; y que auiendo llegado el Nauio à Indias, cada vno ha de percebir su mitad, assi del valor dèl, como de sus aprouechamientos, y concluyen: *Que vna vez liquidadas las vltimas cuentas del dicho Nauio, su valor, y aprouechamientos, queda extinguido, assi este con-*

tra-

trato, como la forma de compañia de dicho Nauio, para que ninguna de las partes tenga interuencion con la otra, ni le pueda obligar à ello. Este mismo dia otorgò Don Francisco de Alfaro poder à parte al dicho Roque Ximenez para todo lo referido. Y despues de auerse hecho à la vela el Nauio, Don Francisco Alfaro hizo diferentes seguros en Cadiz, y Lisboa del caudal que tenia en el Nauio, que llenan el precio de la mitad que en èl tenia.

6 Llegò el Nauio à la Nueua Vera-Cruz, y el dicho Roque Ximenez, en virtud del orden, y poder que lleuaba, desvaratò el Nauio, y se fue entregando de la mitad del casco, y pertrechos del Nauio, y de las auerias, beneficiandolo, y costeandolo todo, y dando recibos al dicho Monjardin; y juntamente de las partidas de dinero que le entregò, como parece del quaderno de la cuenta del dicho Roque Ximenez, y autos del pleyto.

7 Tambien es cierto que parte de los acreedores del dicho Monjardin comparecieron en la Vera-Cruz, executandolo por sus creditos, y pidiendo embargo de bienes ante el General de Flota, donde tambien saliò el dicho Roque Ximenez, haziendo relacion del poder que tenia, y que la mitad del Nauio, sus fletes, aprouechamientos, y auerias, eran de D. Francisco de Alfaro; y concluyò que D. Antonio de la Villa, Maestre de la Nao, diesse cuenta de lo que auia lleuado de su cargo; y D. Pedro Monjardin por lo que à èl tocaba; y que para seguridad de su parte, se embargassen los fletes cobrados, y por cobrar; lo qual se mandò assi. Y por ser el tiempo breue, y muchas las execuciones, el General remitiò los autos à los Diputados del Comercio, para que como mejor pudiessen, ajustassen las dependencias del dicho Monjardin, y se diesse satisfacion à los acreedores.

8 Los Diputados hazen representacion al General, que por la cortedad del tiempo, y multitud de acreedores, y dependencias, no auian podido ajustar, ni concluir las cuentas; y que para seguridad de los acreedores, y porque no se extravien los efectos, era conveniente que se embargassen, assi los de Monjardin, como los que estaban en poder de Roque Ximenez, como apoderado de Don Francisco de Alfaro; y con efecto se embargaron estos por declaracion del susodicho, y otra cantidad que estaba en poder de Don Iuan de Villavicencio; con lo qual se remitieron los autos al Prior, y Consules de Seuilla para su determinacion.

9 Vino la Flota à España, y remitidos los autos al Consulado, despues de vencida cierta competencia con la Casa de la Contratacion, y noticiados los acreedores, dieron poder à dos personas para que siguiessen el pleyto en nombre de todos; y lo que se cobrasse, se prorateasse respectiuamente à sus creditos, sin diferencia de prelacion; y empezò el pleyto por pedimiento de los acreedores de Monjardin, en que pidieron que Don Francisco de Alfaro declarasse con juramento què trato, ò convenio hizo con el dicho Monjardin antes, ù despues de otorgar la escritura de declaracion de compañia, que và citada al

Num. 5. y si en el tal contrato, ò convenio huvo escritura publica, ò papel simple; y si los 22U500. pesos, que dize pagò por la mitad del Nauio, se dieron de las cantidades que tomò prestadas Monjardin, ù de dinero proprio suyo; y si procediò lo mismo en quanto à los 14U84. pesos de los gastos de la carena que se diò al Nauio; y asimismo declarasse si Monjardin le entregò algun dinero antes, ù despues de su viage.

10 Declarò Don Francisco de Alfaro, que lo que passò, fue, que Monjardin vino à su casa, y le dixo si queria entrar en la mitad del Nauio Nuestra Señora de Rosario, y San Ioseph, que se estaba vendiendo; y el declarante respondiò que si, que lo comprasse para ambos, que èl pagaria en contado la mitad del precio; y auiendo quedado en esto, lo comprò con efecto para ambos, y luego que se rematò, le pidiò el dicho Monjardin le entregasse el precio de su mitad, que fueron 22U500. pesos, para con ellos, dando èl otros tantos por la suya, que le dixo tenia prontos, pagar à su Magestad el monto de los 45U. pesos del remate, y que se los entregò en vn vale de 18U. pesos, firmado de Don Ioseph de Morales, y Compañia; y el resto en contado, y que se pagaron los 45U. pesos à su Magestad, sin que el declarante supiesse que para ello necessitaba Monjardin de hazer ditas en la Plaza, porque antes lo tuvo, y considerò (como era publico) por hombre de mucho caudal; y que despues de auer pagado el precio del Nauio, se tratò de su carena, y apresto, y para èl desembolsò el declarante 14U84. pesos, que entregò à Roque Ximenez de Lara, que intervino en dicha carena, y apresto; y negò que Monjardin le entregasse cantidad alguna antes, ni despues del viage, y que ningun trato hizo con el susodicho, por instrumento, ni cedula à parte, antes, ni despues de la escritura de declaracion de compañia que và referida.

11 Con esta declaracion concluyeron los acreedores en que de los bienes de Don Francisco de Alfaro se les auia de hazer pago de sus creditos, porque se evidenciaba que auia tenido compañia con Monjardin à pèrdida, y ganancia del dicho Nauio, en sus fletes, aprouechamientos, y averias; y en el dinero que auia tomado prestado Monjardin; y que no obstaba el remate referido, pues los acreedores, considerandolo proprio del dicho Monjardin, con buena fee le auian prestado su dinero; y que el auer dissimulado Don Francisco de Alfaro el remate, y puestolo en cabeça de Monjardin, no debia perjudicarles, pues si procediera con buena fee, huviera sido publico el remate por mitad: y concluyeron en el embargo de todos los efectos del dicho Don Francisco.

22 El qual respondiò que se auian de alçar, y quitar los embargos hechos en los efectos suyos proprios, que le consignaron Roque Ximenez, y Don Iuan de Villavicencio, procedidos de la mitad del dicho Nauio, y que avian de denegarse los embargos que se pedian por los acreedores, y que se le auian de entregar los efectos embargados, porque constaba por los instrumentos presentados, que desde su principio era dueño de la mitad del Nauio,

uio, y de sus aprouechamientos; y que las obligaciones de Monjardin fueron despues de la compra, y pago de su mitad del Nauio, independientes dèl, que nò auia tenido noticia, ni intervenido en ellas; que fueron à riesgo de diferentes frutos, y mercaderias de Monjardin, y à su contemplacion, y que el trato que huvo entre el dicho Don Francisco, y Monjardin, mirò solo à que el Nauio se comprasse para ambos, y cada vno fuesse dueño de su mitad comprada, y costeada, à que auian de corresponder las ganancias, y pèrdidas, al qual trato, ni aun se le diò nombre de compañia, sino forma della: y que auiendo hecho desembolso pronto por su mitad de 36U584. pesos, no cabia quererse obligar por los debitos de Monjardin, el qual nunca fue dueño en la dicha mitad, sus fletes, ni aprouechamientos, ni la pudo obligar en manera alguna, y que se reconocia por las escrituras, pues en ellas nunca se mencionò dueño enteramente del Nauio, y en las mas no le hipotecò.

13 Con estas, y otras alegaciones, por auto de 12. de Março de 83. se recibiò el pleyto à prueba, con termino de 20. dias, y se reservò prouecr à su tiempo sobre los nueuos embargos, y desembargos pedidos por las partes. Los acreedores no hizieron probança, y la hizo Don Francisco de Alfaro concluyente, con mucho numero de testigos de vista, y de hecho proprio, en que probò todo lo que alegò, y articulò; y especialmente el hecho contenido en num. 1. 2. y 3. y en su declaracion, que se refiere al num. 10.

14 Hecha la publicacion de probanças, y alegado por las partes de su justicia, huvo sentencia pronunciada por el Prior, y Consules, en 15. de Iulio de 83. por la qual declararon no auer auido compañia general entre los dichos Don Pedro Monjardin, y Don Francisco de Alfaro, y que la huvo particular, conforme al instrumento de declaracion, que otorgaron en Cadiz, ante Iuan de Sena, Escriuano Publico, en 7. de Iulio del año de 80. y mandaron que dentro de 20. dias, y con citacion de los interessados, se ajustasse la cuenta de la dicha compañia particular por terceros nombrados por el dicho D. Francisco Alfaro, y D. Pedro Monjardin, y reseruaron nombrar tercero en caso de discordia; y declararon no auer lugar por aora el nuevo embargo de bienes que se pedia por los acreedores; y en quanto al desembargo de sus efectos pedido por D. Francisco de Alfaro, reservaron su determinacion por aora, y hasta ajustarse la cuenta de dicha compañia particular.

15 Desta sentencia apelaron los acreedores al Iuez de Alçadas, y se admitiò llanamente, y se mandò hazer saber à las partes; y Don Francisco de Alfaro diò peticion en el Consulado, diziendo que el pleyto se auia remitido à Assessor para la determinacion, y que lo auia determinado, y embiado su sentencia cerrada, y sellada, y que esta se auia subprimido, y se auia pronunciado otra: y concluyò en que se pusiesse en los autos, y apelò de la pronunciada por el Consulado ante su Magestad, y Señores de su Consejo de Indias, à que

se

se proueyò auto, que el Consulado ya tenia dada sentencia, de la qual se auia apelado al Iuez de Alçadas, en conformidad de sus Ordenanças. Insistiò el dicho Don Francisco en su apelacion, y la interpuso de nueuo de auerla admitido à los acreedores para el Iuez de Alçadas, y de no auer puesto la sentencia del Assessor en los autos. A esto se proueyò otro auto por el Consulado, en que mandò poner la peticion con los autos, y guardar lo proueido.

16 El mismo dia que se proueyò este auto, que fue en 28. de Iulio de 83. se notificò à Don Francisco de Alfaro traslado del escrito de agrauios presentado por los acreedores ante el Iuez de Alçadas, de la sentencia referida, pronunciada por el Consulado; y sin embargo de las peticiones que presentò el susodicho en el Consulado, y deducido en el numero antecedente, y de aver ganado Prouision, y Sobrecarta del Consejo para lleuar los autos, no vsò de ellas, antes si contestò los agrauios, y prosiguiò la apelacion ante el Iuez de Alçadas, y concluyò en que hiziesse, y proueyesse, como tenia pedido en el Consulado por escrito de 15. de Agosto del dicho año.

17 El Iuez de Alçadas, con los adjuntos, pronunciò sentencia en 15. de Octubre del dicho año de 83. en que confirmò la del Consulado, en quanto à declarar no auer auido compañia general, y auerla auido particular en el Nauio, sus fletes, y aprouechamientos, y que la cuenta della se ajustasse dentro de 20. dias: y en quanto se mandò, que por aora no avia lugar el nuevo embargo pedido por los acreedores contra bienes de Don Francisco, lo denegaron del todo, por no auer sido la compañia general: y en quanto à auer denegado à Don Francisco el desembargo de sus efectos, revocaron la sentencia del Consulado, y mandaron entregarselos con fiança depositaria, de que si fuesse alcançado en la cuenta particular, pagaria el alcance.

18 Desta sentencia apelaron los acreedores, y pidieron su revocacion, y nombramiento de nueuos adjuntos; à que se respondiò por Don Francisco de Alfaro, y se pidiò la confirmacion. Y auiendo nombrado el Iuez de Alçadas nueuos adjuntos, se recusaron por los acreedores, y otros muchos, que en su lugar de los recusados se ivan nombrando, porque proveyò auto el Iuez de Alçadas en 25. de Nouiembre del dicho año, en que mandò no admitir mas peticion de recusacion, y sin embargo las hizieron de nueuo los acreedores; y auiendose nombrado por adjunto, en lugar de otro recusado, à Don Iuan de la Barces, y estando citadas las partes para la vista del pleyto; y para verse, lo recusaron los acreedores, y dixo el Iuez por auto de 16. de Diziembre, que estas recusaciones se hazian con malicia, y con animo de dilatar, à que no se debia dar lugar, conforme à las Ordenanças; y que mediante esto, y ser Don Iuan de la Barces de los hombres de primero credito de Seuilla, no auia lugar la recusacion del susodicho. Y aunque apelaron los acreedores de no admitir la recusacion, se mandò cumplir lo proueido, y en el mismo dia pronunciò sen-

ten-

tencia con ſus adjuntos ; por la qual confirmaron à la letra la de viſta referida al num. 17. y en ſu virtud diò Don Franciſco de Alfaro la fiança, y ſe le mandaron entregar ſus efectos, ſin embargo de las contradiciones ; y apelaciones, que los acreedores hizieron, è interpuſieron, en que alegaban que la vltima ſentencia era nula, por eſtar recuſado vno de los adjuntos.

19 En 8. de Enero de 84. pareciò en el Conſejo la parte de los acreedores, apelando de los autos, y procedimiento del Iuez de Alçadas, y en eſpecial del auto de 16. de Diziembre de 83. en que ſe le mandò entregar à Don Franciſco de Alfaro los efectos que le eſtauan embargados, alegando que dicho auto fue nulo, por auerſe hallado vno de los adjuntos de ſu pronunciacion recuſado : y que tambien contenia agrauio notorio, porque entregando los efectos al ſuſodicho, no tendrian fin las cuentas, que eſtaua mandado ajuſtar de la compañia particular que entre Don Franciſco, y Don Pedro Monjardin auia auido. Eſte miſmo dia ſe moſtrò parte Don Franciſco, pidiendo traſlado de la pretenſion de los acreedores, contradiziendola deſde luego: diòſele traslado, y alegò que la peticion de los acreedores ſe auia de repeler de los autos, porque de la ſentencia del Conſulado auian apelado ante el Iuez de Alçadas, ante quien huvo autos, y ſentencias de viſta, y reviſta, que hizieron executoria, ſegun las Ordenanças del Conſulado; y aſsi no la podian impugnar los miſmos que auian apelado, y litigado ante el Iuez de Alçadas, ſin que fueſſe de atencion el que por ſu parte ſe apelaſſe al Conſejo de la ſentencia del Conſulado, porque aunque ſea cierto, no vsò de la apelacion, antes la renunciò, y conſintiò la juriſdicion del Iuez de Alçadas, conteſtando la apelacion, y agrauios de los acreedores; demàs de que vſar, ò no, de la apelacion, es à ſu fauor, y pudo renunciarlo: y que la nulidad propueſta por la recuſacion de vno de los adjuntos, era ſin fundamento, porque no ſe debiò admitir, como malicioſa; mayormente haziendo ſentencia vno de los adjuntos con el Iuez de Alçadas, conforme à ley, y Ordenanças del Conſulado. Reſpondiòſe por los acreedores en 19. de Setiembre de 84. y ſe notificò el traslado à Don Franciſco, en 8. de Mayo de 86. con cuya peticion, y otras que dieron las partes, quedò el pleyto concluſo en lo principal, en 5. de Setiembre de 86. aunque no llegò à verſe.

20 Es de ſuponer que en el interin que ſe litigava en el Conſejo el articulo referido, parece que en virtud de la executoria que ſaliò del Conſulado, y Iuez de Alçadas, para que dentro de 20. dias ſe ajuſtaſſe la cuenta de la compañia particular que huvo entre Don Pedro Monjardin, y Don Franciſco de Alfaro, eſta ſe ajuſtò por los Contadores nombrados por las partes, y las preſentaron en el Conſulado el dia 28. de Enero de 86. de que ſe diò traslado à los acreedores, los quales alegaron, que las dichas cuentas eran nulas, por no contener la forma que ſe obſerua en las compañias, que era, hazer vn cuerpo

del Nauio, ſus fletes, y aprouechamientos, y baxar los coſtos, gaſtos, y deudas, y partir lo que reſtaſſe liquido; y que eſto no hizieron los Contadores, porque ſolo aplicaron à Don Franciſco de Alfaro la mitad del Nauio, ſus fletes, y aprouechamientos, y no le cargaron la mitad de las deudas que auia contrahido Monjardin.

21 Y que no obſtaua el fundamento que tuvieron los Contadores, de que ſiendo particular la compañia, y no general (como eſtaua decidido) no eſtaua obligado Don Franciſco de Alfaro à pagar las deudas que contraxo Monjardin por ſi ſolo; porque la llamada executoria padecia notorias nulidades, pues la ſentencia del Conſulado ſe diò ſin Aſſeſſor, y debiò auerle, por conſiſtir ſu determinacion en punto de derecho: y que la del Iuez de Alçadas contenia otra nulidad, pues intervino en ella vno de los adjuntos recuſado; y aunque huvieſſe de mantenerſe la executoria, por ella ſolo ſe determinò, que la compañia auia ſido particular, y no vniuerſal, cuya determinacion no obſta al pũto q̃ ſe controvertia, que es, que aunque fueſſe la compañia particular, ſin embargo perjudicavan à Don Franciſco las obligaciones contrahidas por Don Pedro Monjardin, porque ellos preſtaron ſu dinero al ſuſodicho con buena fee, conſiderandolo dueño de todo el Nauio, à que diò ocaſion el auerſe rematado en ſu cabeça: y ademàs, que el miſmo Don Franciſco le preſtò deſpues del remate del Nauio, ſin expreſſarſe en la obligacion ſemejante compañia, y que eſta fue coluſion entre ambos, y por eſta razon Monjardin no dize de agravios de dichas cuentas, ni las impugna.

22 Reſpondio Don Franciſco, que las cuentas ſe auian executado, y formado legitimamente, arreglandoſe los Contadores à la executoria que declarò que la compañia auia ſido particular, y no general, en cuya conſequencia no podia eſtar obligado à las deudas contrahidas por Monjardin, y que el alcance liquido que reſultò de las cuentas, en virtud de la executoria, que importaba 116U430. reales de plata, ſe auia de executar con la fiança de la ley de Madrid, ſin que obſtaſſen las ſupueſtas nulidades alegadas por los acreedores, porque la ſentencia del Conſulado, pronunciada con parecer de Aſſeſſor, ò ſin èl, era firme, y vàlida, pues por leyes, y Ordenanças del Conſulado, que eſtàn en practica, queda à ſu arbitrio conſultar, ò no, Letrados, como le parece, ſin preciſarle à ello, y que las ſentencias del Iuez de Alçadas no contuvieron nulidad, pues aunque en la vltima huvo vn adjunto recuſado, no ſe admitiò la recuſacion, por malicioſa, y por eſtar ya citadas las partes, y para verſe el pleyto, y ſiempre era ſuſtentable la ſentencia de los dos conformes.

23 Replican los acreedores, y piden que Don Franciſco de Alfaro, y Don Pedro Monjardin declaren por ciertos capitulos, que los mas dellos ſe reducen à los que Don Franciſco auia declarado, à cuya declaracion ſe remitiò. En quanto al tercero capitulo ſobre ſi àvia preſtado 2U368. peſos à Monjardin

jardin

jardin por eſcritura, para avio, y apreſto del Nauio, dixo ſer verdad, que Monjardin, y ſu Maeſtre ſe obligaron à pagarle la dicha cantidad, no porque les preſtaſſe dinero, ſino por vino, y vinagre para el rancho: y auiendo dicho que ſe lo pagarian de contado, por no aver cumplido, le otorgaron eſcritura de la dicha cantidad. Y al ſeptimo capitulo dixo, que lo que podia dezir por ſu experiencia, era, que el dinero ſe preſtaba al credito de los ſugetos que lo pedian, y no de los Nauios; pues ſi ellos tienen credito, le tienen los Nauios, y por el contrario; y aſsimiſmo lo que Monjardin declarò, en ſubſtancia no ſe opone à lo que dixo Don Franciſco de Alfaro.

24 En 1. de Iulio de 86. nombrò el Conſulado por Aſſeſſor para la determinacion del pleyto al Lic. Don Fernando Remirez, y en 10. de dicho mes ſe proueyò auto, con parecer del dicho Aſſeſſor, en que ſe mandò que, para mejor proueer, ſe dieſſe traslado à los acreedores de las declaraciones hechas; y en 24. de dicho mes, el Conſulado por ſi, y ſin parecer del dicho Aſſeſſor, proueyò auto, en que dixo que ſobre los agrauios de las cuentas, expreſſados por las partes, recibia el pleyto à prueba, con termino de nueue dias, que ſabido por D. Franciſco, diò peticion, refiriendo que ſe nombrò el dicho Aſſeſſor para la determinacion del articulo, por ſer punto de derecho; que eſte aceptò el nombramiento, y diò el auto de que ſe dieſſe traslado à los acreedores, para mejor proueer; y que deſpues, citadas las partes para la viſta, le informaron de ſu juſticia, y que diò ſu auto difinitiuo, el qual guardò el Conſulado, y proueyò el auto de prueba: que en ello ſe obraba contra derecho, y ſe le hazia notorio agrauio; y concluyò, apelando del dicho auto de prueba para ante ſu Mageſtad, y Señores de ſu Conſejo de Indias: y por vn otro ſi pidiò que el dicho auto difinitiuo original, proueido por el Aſſeſſor, juntamente con la ſentencia dada por el Lic. Don Franciſco Ortiz de Godoy, Aſſeſſor del Conſulado, que tambien ſe auia ſubprimido, ſe puſieſſen en los autos. Lo que proueyò el Conſulado, fue, que oìa la apelacion para el Iuez de Alçadas; y en quanto al otro ſi, no auia lugar.

25 Pareciò en el Conſejo Don Franciſco de Alfaro, por el recurſo que mas huvieſſe lugar en derecho, quexandoſe del Conſulado, y refiriendo todo el contenido del num. antecedente, y otros agrauios que le auia hecho en el diſcurſo del pleyto; y concluyò, pidiendo el deſpacho neceſſario para traer los autos originales à ſu coſta; y pidiò que para juſtificacion de los agrauios expreſſados, ſe mandaſſe que el Conſulado informàra. Mandòlo el Conſejo, y el Conſulado informò, cuya narratiua conviene con lo alegado por el dicho Don Franciſco, y confeſsò ſer cierto auer ſubprimido los autos de los Aſſeſſores, y que lo hizo por auer hallado que ſus reſoluciones no convenian con el eſtado del pleyto, ni con el eſtilo que ſiempre ſe ha practicado, ni con ſus Ordenanças, por cuya razon el Conſulado no eſtà obligado à ſeguir pareceres de Abogados, que ſolo le ſiruen de conſejo. Diòſe traslado deſtos autos al ſeñor Fiſcal del Conſejo, quien pidiò lo miſmo que Don Franciſco, y ſe mandaron

ron

ron traer los autos originales: ſuplicò del auto el Conſulado, y ſin embargo, ſe confirmò, y con efecto ſe traxeron los autos.

26 En donde la parte de Don Franciſco de Alfaro ſe afirmò en la apelacion interpueſta del auto de prueba proueido por el Conſulado en 24. de Iulio, y dixo que era nulo; y como injuſto, ſe auia de revocar, mandando deſpachar la execucion que tenia pedida por el alcance liquido que à ſu fauor reſultaba de las cuentas, con la fiança de la ley de Madrid, aprobandolas en caſo neceſſario, porque la nulidad era notoria; pues eſtando nombrado Aſſeſſor, y auiendo eſte determinado con citacion de las partes, no ſe debiò ſubprimir; y que el miſmo exceſſo ſe auia cometido, quando ſe pronunciò ſentencia en lo principal (ſiendo ſin duda que huvo las referidas ſentencias firmadas de Aſſeſſores nombrados por el Conſulado para eſte caſo, y que el Prior, y Conſules las ocultaron, por dezir tienen poteſtad para decidir ſin ſu acuerdo; y conſta eſto de declaraciones del miſmo Prior, y Conſules, hechas à vna Paulina del Nuncio:) que los agrauios deducidos por los acreedores erā deſeſtimables; pues ſe reducian à impugnar la executoria que tenia; y que ni pueden pedirle al ſuſodicho los acreedores aquello à que no ſe obligò, ni pueden impedir, (ni ſon parte para ello) el pago de lo que es ſuyo proprio, y en que no tienen derecho los dichos acreedores, demàs de que ivan contra lo que auian aprobado.

27 Los acreedores reſpondieron, contradiziendo la pretenſion de Don Franciſco, y que ſe dèn por nulos todos los autos de viſta, y reviſta proueidos por el Iuez de Alçadas, con los adjuntos, y todo lo hecho, y obrado en ſu virtud; y revocando en todo lo perjudicial la ſentencia del Conſulado, en que declarò pertenecer por mitad el Nauio à D. Franciſco de Alfaro, ſus fletes, y aprouechamientos, porque las ſentencias del Iuez de Alçadas eran nulas, reſpecto de que por ley eſpecial de la Recopilacion tocaba la apelacion al Conſejo, y que eſto miſmo reconociò Don Franciſco de Alfaro, quando apelò de dicha ſentencia para el Conſejo, la qual ſe debia revocar, por ſer cierto que el Nauio tocò enteramente à Don Pedro Monjardin, en quien ſe rematò; y que la declaracion que ſe hizo por eſcritura el dia 7. de Iulio del año de 80. no podia perjudicar à los acreedores, por ſer incierta, y auerſe hecho en tiempo en que eſtaba ya el Nauio obligado à las deudas contrahidas por Monjardin.

28 Reſpondiòſe por Don Franciſco de Alfaro, inſiſtiendo en la execucion por el alcance liquido que reſultò de la cuenta, con la fiança de la ley de Madrid, y ſatisfaciendo à las pretenſas nulidades, alegadas por los acreedores; y tambien ſe hizo alegacion por el ſeñor Fiſcal, expreſſando las notorias contrariedades que tenian los alegatos, y pretenſiones de los acreedores de Monjardin, y concluyò en que el pleyto ſe retenga, y ſe anule todo lo hecho, y actuado deſpues de la ſentencia del Conſulado. A que tambien ſaliò el Conſulado, pretendiendo ſe reformaſſe el auto del Conſejo, en que ſe mandaron traer los autos originales, y que ſe repelieſſen los pedimientos de Alfaro ſobre eſte recur-

ſo,

so, y se le mande siga su justicia en el Consulado, donde conforme à leyes, y ordenanças dèl lo debe hazer; y esta peticion està firmada de Don Lorenço de Seisa, que es interessado en esta causa: à cuyas pretensiones respondiò D. Francisco de Alfaro, dando satisfacion concluyente, y està concluso el pleyto sobre la revocacion del auto de prueba del Consulado, y què se despache la execucion pedida por Don Francisco de Alfaro por su alcance liquido, y tambien sobre las pretensiones deducidas por los acreedores, en orden à la nulidad de las sentencias del Iuez de Alçadas.

29 Este es el verdadero resumen destos autos, y para su mayor inteligencia, y calificacion de la justicia que asiste à Don Francisco, se diuidirà este Papel en tres Discursos: el primero, que las sentencias que se dieron por el Consulado, Iuez de Alçadas, y sus adjuntos, fueron rectè, & ritè pronunciadas, constituyendose dellas vna perfecta executoria.

30 El segundo, que siendo perfecta executoria, no puede con pretexto alguno de los que constan en dichos autos, vulnerarse.

31 Y el tercero, que se debe hazer pagò à dicho D. Francisco del caudal que resultò à su fauor de las cuentas, sin que lo puedan impedir los agrauios deducidos.

PRIMER DISCURSO.

QVE LAS SENTENCIAS QVE SE DIERON por el Consulado, y Iuez de Alçadas, con sus adjuntos, fueron rectè, & ritè pronunciadas, constituyendose dellas vna perfecta executoria.

32 SVpuesto el hecho, entramos à disputar el primer Discurso, que se compone de dos partes; la vna, que las referidas sentencias fueron rectè, & ritè dadas; y la otra, que se infiere legitimamente, probada la primera, que constituyeron vna perfecta executoria. Y en quanto à la primera parte, son dos los intentos que se deben atender: El primero, que las sentencias fueron rectè dadas; y para que no se dude de su justificacion, y con el pretexto de injusticia notoria; (5) se quiera vulnerar lo sagrado de la cosa juzgada, serà preciso tocar en lo essencial de la justicia principal, haziendose euidente la que le asiste à Don Francisco.

33 Declaròse en las sentencias, que de el trato, y negociacion que auia hecho Don Francisco con Don Pedro Monjardin, sòlo auia resultado vna compañia particular, determinada vnicamente à aquel caso, sin que por esta ra-

(5) Gom. *lib. 2. Variar. cap. 15. num.* 33. Iul. Clar. *lib. 5. § final. quæst.* 61. Paz *in prax. tom. 1. part. 5. §. 10. num.* 4. Viuius *lib. 1. decis.* 178 *num.* 2. D. Francisc. Torreblanc. *de iur. Spiritual. lib.* 15. *cap.* 12. *num.* 60.

 zon

zon tuviesse obligacion Don Francisco à pagar las deudas que dicho Monjardin auia contrahido. Y porque los acreedores han hecho insistencia en que es compañia vniuersal, es preciso desvanecer este intento, por ignorar los passos que tendrà la determinacion desta causa.

34 Dos generos de compañias vniuersales tiene descubiertos la censura legal; vna, que es de todos los bienes de los contrayentes, no solo presentes, sino futuros; aora prouengan de causa lucratiua, aora se adquieran por causa onerosa; (6) la otra es para comerciar, y negociar generalmente, en que interviene la adquisicion, y daño comun de los socios en todas las cosas, y casos pertenecientes à la negociacion, y trafico. (7)

35 Que la primera, ni la segunda compañia no sean aplicables al caso presente, se haze evidente, porque assi para la constitucion de vna, como de otra, se necessita precisa, è indispensablemente pacto, ò convencion clara, y literal de los contrayentes; (8) de calidad, que faltando, como requisito substancial, y de la essencia del contrato, es preciso no surta obligacion.

36 Y aunque es cierto que estas compañias, y especialmente la de la vniuersal negociacion, se puede contraher tacitamente, y que por conjetura se induce; (9) tambien lo es, que estas han de ser tan sumamente vehementes, que tengan fuerça de pacto expresso, y que dexen el animo, y arbitrio tan determinado, que no se les pueda dar salida por otro medio, ni razon. Y en nuestro pleyto no concurre alguna de las que pueden disponer el arbitrio à creer que entre Don Francisco, y Don Pedro Monjardin auia tacita compañia; que estas son, auer conmixtion de caudales, (10) auer instrumentos, ò libros, en que se nombren compañeros, aora sean publicos,

ò

(6) *L. Ea vero, l. Societatem vniuersarum fortunarum, leg. Si quis societatem contraxerit, ff. pro socio, l.* 3. *tit.* 10. *part.* 5. Petr. Gregor. *Syntagmat. lib.* 27. *cap.* 4. Mantic. *de tacit. conuention. l.* 6. *tit.* 9. *lib.* 10. P. Molin. *de iustit. & iur. tom.* 2. *disput.* 421. Gomez *variar. lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 3. Ioann. Baptist. Ciarlin. *contr. forens. lib.* 1. *cap.* 16 *ferè per tot.* Iul. Capon. *disceptat. tom.* 5. *disceptat.* 361.

(7) *L. Coiri,* 7. *l. Quæstus,* 8 *ff. pro socio.* Felic. *de societat. cap.* 13. *ex num.* 1. D. Francisc. de Milàn *decis. Sicil.* 20. *lib.* 1. *num.* 35 Leonard. Duard. *in tractat. de societat. lib.* 2. *cap.* 2. Blasius Michalor. *in tractat. de fratrib. part.* 2. *cap* 1. *num.* 11. Francisc. Roc. *in tractat. de societat. mercator. num.* 16.

(8) Siendo su definicion; *Conuentio honesta duorum, pluriumve, &c.* P. Molin. *disput.* 411. Azor *tom.* 3. *instit. moral. de societat. cap.* 5. Lesius *de iustit. & iur. lib.* 2. *cap.* 25. *dub.* 1. *num.* 1. Filiuc. *tom.* 2 *quæst. moral. tract.* 38. *cap.* 1. *q.* 1. Leonard. Duard. *in dict. tract. lib.* 1. *cap.* 1. *q.* 3. *num.* 2. Y siendo contrato, necessita de pacto, *l.* 1. *ff. de pact. l.* 3. *ff. de pollicitat.*

(9) *L. Societas contrahitur, l. Societatem coiri, ff. pro socio.* Felic. *vbi supra, cap.* 1. Mantic. *de coniectur. lib.* 6. *tit.* 1. *num.* 2. *& seq.* Thusc. *in verb. Societas, conclus.* 180. Michalor. *de fratrib. part.* 2. *cap.* 1. *per tot.* Leonard. Duard. *vbi supra, lib.* 2. *cap.* 2. *quæst.* 1. Rocco *vbi supr. num.* 3. 4. 5. *& sequentib.*

(10) Greg. Lop. *in leg.* 10. *in glossa magna prope finem, tit.* 10. *part.* 5. Crauet. *cons.* 433. *num.* 21. Iuan Gutierr. *de iuram. confirm.* 1. *part. cap.* 48. *num.* 4.

ò priuados; (11) auer testigos que los oyeron llamar compañeros, (12) ò hazer actos conuencionales, de que se pudieran inducir; y otras presumpciones, que para calificar la tacita sociedad, assi de todos los bienes, como para tratar, y comerciar, tienen por suficientes los Doctores: (13) estas, ni otras, no se encuentran en los autos, antes bien se producen dellos algunas, que quando huviera las que juridicamente inclinan à verificar la tacita compañia, totalmente la destruyeran; porq̃ como ay presumpciones que la constituyen, las ay tambien que las desuanecen, (14) como el auerle prestado D. Francisco al Monjardin vna cantidad de dinero, haziendole escritura separada; auer lleuado el dicho Don Francisco en el Nauio mercaderias de su cuenta, sin comunicacion de dicho Monjardin: (15) preponiendo à Roque Ximenez por su poder auiente, assi para ellas, como para ajustar las cuentas de los fletes, y aprouechamientos del Nauio; (16) auer sido fiador de dicho Monjardin en la escritura de Don Pedro Colarte: (17) siendo cada vno destos actos bastantes, no solo para turbar qualesquier conjeturas, sino para la total destruicion dellas, (18) por ser los referidos ex diametro opuestos à la essencia, y substancia del contrato de compañia vniuersal, (19) que solo los pudiera purgar el

(11)
Bart. & Bald. *in leg. Si quatenus, C. commun. vtriusq. indic.* Dec. *cons.* 97. *num.* 28. *volum.* 2. Paris. *cons.* 83. *lib.* 1 Roman. *cons.* 291. *num.* 7. Menoch. 122. *& de præsumpt. lib.* 3. *præsumption.* 56. *num.* 32. Hector Felic. *vbi supr. cap.* 11. *num.* 15. Blasius de Michalor. *vbi supr. part.* 2. *cap.* 14. *à num.* 21. *vsque ad* 25.

(12)
Bald. *cons.* 125. *lib.* 5. Corn. *cons.* 134. *lib.* Gabriel. *de testibus, conclus.* 2. *num.* 44. Felic. *vbi supr. n.* 12. Michalor. *vbi sup. n.* 11. Roc. *vbi supr. n.* 9. *&* 10. Duard. *lib.* 2. *cap.* 4. *q.* 1. *num.* 5. y esto aunque sean testigos singulares.

(13)
Relati n. 10. 11. *&* 12. y especialmente los que juntaron, Castill. *de vsufruct. cap.* 3. Giurb. *ad Messanens. cap.* 7. *glos.* 19. Cyriac. *controu.* 477. y Iul. Capon. *discept.* 394. *ferè per tot. & specialitèr n.* 4.

(14)
Leg. Diuus, ff. de in integr. resti. leg. Mater, ff. de calumn. Blas. de Michalor. *vbi supr. part.* 2. *cap.* 18. *à num.* 14.

(15)
Iacob. Menoc. *cons.* 12. *num* 15. *lib.* 1. Michalor. *vbi supr. num.* 13

(16) Bart. *in leg. Titium, & Mæuium, §. Altero, ff. de administr. tutor.* Bald. & Iasson *in leg.* 1. *C. qui testam. fac. poss.* Nata *cons.* 100. *num.* 3. Ludou. *in conclus.* 53. *vers. Nona coniectura.* Maschard. *conclus.* 1309. & prædict. Michalor. *num.* 6. y el no auer vsado de los mismos institores, ò corresponsales, es contrario à la induccion de tacita compañia. Escobar *de ratiocin. cap.* 6. *num.* 61. Gutierr. *de iurament. confirm. part.* 1. *cap.* 48. *num.* 2.

(17) Pues si fuera cierto auer auido compañia, no necessitaua de ser fiador, siendo diuersa la razon de fiador, que la de principal, y consiguientemente actos diuersos, que excluyen la presumpcion de sociedad. Decian. *lib.* 1. *cons.* 36. Michalor. *vbi supr. cap.* 17. *num.* 2.

(18) *Leg.* 1. *§. In societate, leg. Si societatem vniuersarum, ff. pro socio.* Menoch. *cons.* 112. *num.* 18. *lib.* 1.

(19) Porque fundandose en presumpcion la tacita compañia, si ay actos contrarios à ella, no puede calificarse. Iunior. *in cap. Super hoc, de renuntiation.* Bald. *in leg. Si vnus ex socijs, §. Si vnus, ff. pro socio.* Michalor. *vbi sup. num.* 1.

(20)
Blas Michalor. *Vbi supra, num.* 24. ibi: *Quod tamen intelligendum est in societate tacita, secus in expressa, fratres enim possent inter se pacisci, vt omnia vndecum que prouenentia, essent communia aliqua solum re particulari excepta.*

(21)
Leg. 2. ff. commun. diuidend. leg. 2. pro socio, Vbi Bart. & Bald. Petrus Vvalbius *in suo tract. de duobus fratrib.* Menoch. *cons. 46 sub num.* 1. Felicius *de societ. cap.* 11. *à num.* 21. Michalor. *de fratrib. cap.* 14. *num.* 8. Duard. *Vbi sup. num.* *lib.* 2. *cap.* 4. *q.* 1. *num.* 7.

(22)
Porque como sin animo, y consentimiento no puede auer contrato, no podrà auer compañia y por la compra solo no se induce. *Leg. vt sit prò socio actio, ff. pro socio, §. Item si inter instit. de obligat. quæ ex quasi contract. nascunt.* Roman. *cons.* 168 *num.* 3. Ronchegal. *in leg. 1 anuem, §.* 1. *sub num.* 22 *ff. de duobus reis.* Alexand. *cons.* 38. *num.* 1. Menoch. *consil.* 46 *num.* 5. *lib.* 1. *& quos congerunt* Duard. Felic. & Michalor. *vbi supr.*

(23)
Leg. Sed & Iulianus, § Perinde, ff. ad Macedonianum. Alexand. *cons.* 132. *num.* 4. *lib.* Menoch. *cons.* 122. *num.* 29. *lib.* 2.

(24)
Y aunque ay diuersidad de opiniones sobre si se induce, ò no por la compra comun el contrato de sociedad, en los terminos de no ser la voluntad de los contra yentes el que lo fuesse, es el caso en que todos asienten no se presume; y assi, conciliando estas doctrinas, lo resuelven, Blasius Michal. *dict. tract. part.* 2. *cap.* 14 *num.* 1. Duard. *in dict. cap.* 4. *q.* 1. *n.* 7. trayendo à Felicio *in dict. cap.* 7.

el consentimiento de las partes en la sociedad expressa, por pacto de dexar alguna porcion sin comunicacion; mas no en la que se quiere justificar por indicios. (20)

37. Y auiendo discurrido por la serie de los autos, solo se halla vno, que adminiculado con otros medios, pudiera inducir el contrato tacito de compañia, que es el auer compradose entre los dos el Nauio, mas este no puede ser en el caso presente de existencia alguna: Y si lo es, serà para que se entienda la compañia particular, que està declarada en las sentencias, mas no para que se quiera inducir compañia general ad quæstum, & negotiationem; porque aunque vna de las congeturas que arguyen compañia, sea la compra que se haze para los dos entre quien se quiere constituir; (21) esto se debe entender, si se hizo, y executò esta compra con animo de contrahet compañia, què genero de compañia quisieron formar, y si se permaneciò en ella: (22) porque si por actos subsiguientes, que son los que declaran el animo anterior, (23) constasse que no fue la voluntad de los contrayentes formar negociacion vniuersal, sino particular, no podrà influir esta presumpcion de la compra comun, (24) y auiendo D. Francisco demostrado, assi por la escritura de 7. de Iulio, como por auer prepuesto à Roque Ximenez para el apresto del Nauio, ajuste de las cuētas, y percepcion de los alcances; y por otros actos, que su voluntad no fue la de formar la negociacion vniuersal, se ignora porquè medio se quiera inducir. Luego si à vna, ni otra compañia no es aplicable el contrato que resultò de la compra del Nauio, ni se hallan presumpciones, no solo vehementes, pero ni aun remotas, que puedan mouer el arbitrio àzia ellas, no se encuentra el motiuo por donde los acreedores puedan pretender que Don Francisco de sus bienes, y hazienda les haga pago de los caudales que prestaron à Don

Pe-

Pedro Monjardin, quando no le pueden incluir en la linea de compañero ſuyo vniuerſal: y ſiendo de ſu obligacion el probar que la huvo (25) de negociacion vniuerſal entre los dos; y no auiendolo hecho, ſe halla eſſento, y libre de ſatisfacer las referidas deudas.

38 Y porque es preciſo dar naturaleza cierta à eſte genero de contrato, que dimanò de la compra del Nauio, conformandonos con las ſentencias, y esforçando ſu juſtificacion, parece ſe debe colocar en la linea de ſociedad particular à cierta, determinada, y vnica negociacion.

39 Y antes de entrar à eſpecular eſta verdad, ſerà preciſo ſe dè ſatisfacion à otro genero de contrato, à que ſe puede adaptar el preſente, para que ſi ſe hiziere reparo en èl, ſe manifieſte que aun ſiendo deſta naturaleza, tiene juſtificado intento Don Franciſco: Eſte es, vna compañia impropia, ò incidente, la qual ſe cauſa, ù origina de alguna cõpra comun, ù de otra coſa que indiuiſamente ſe adquiere à muchos: (26) y eſta no es compañia, porque aunque toda compañia ſea comunion, no toda comunion es compañia; ſiendo la incidencia de la compra la cauſa eficiente del contrato, y no el conſentimiento de los contrayentes; (27) y ſiendo eſta la eſſencia dèl, y auiendoſe hecho la compra, y en la eſcritura pueſto: *Que ajuſtadas cuentas del Nauio, ſu valor, y aprouechamientos, queda extinguido, aſsi eſte contrato, como la forma de la compañia.* Parece ſin duda, que el animo no fue de contraher la ſociedad, (28) ſi que por razon de la compra ſe incidiò en la parcialidad.

40 Deſte genero de comunion, ò compañia incidente, no reſulta accion pro ſocio, ſi ſolo vna accion communi diuidundo; (29) no quedando, ni pudiendo quedar los compañeros obligados à las deudas vno de otro, ſin que por medio alguno, por eſta cauſa ſe hallen ſu-

E ge-

(25)
Porque el contrato de compañia, como es quid facti, no ſe preſume, ſino es que ſe pruebe, *Leg. In bello, §. Facta, ff de captiu. & poſtlimin. reuerſ.* Menoc. *de præſumptionib. lib. 6. præſump. 14. num. 1. & ſeq.* Maſchard. *de probat. concluſ.* 1309. Gratian. *diſcept.* 48 *num.* 4. Decian. *conſil.* 97. *num.* 2. Nata *conſil.* 358. Borg. *deciſ.* 10. *num.* 1. *part.* 2. Ciriac. *contr.* 477. *num.* 6.

(26)
Leg. Vt ſit actio, ff. pro ſocio. Bald. *in leg. Cum proponas, C. pro ſocio.* Bart. *in leg.* 2. *C. commun. diuidund.* Alexandr. *conſ.* 38. *n.* 1. *lib.* 5. Menoc. *conſil.* 46. *n.* 5. Duard. *de ſociet. lib.* 2. *cap.* 4. *q.* 1. *num.* 6. Felic. *dict. cap.* 11. *à num.* 24.

(27)
Paul. *in leg. Hæredes*, 25. §. *Non tantum, verſ. Eadem ſunt, ff. famil. erciſcund.* ibi: *Eadem ſunt, ſi duobus res legata ſit: nàm & hos coniunxit ad ſocietatem, non conſenſus, ſed res, §. Item ſi inter aliquos inſtit. de obligat. quæ ex quaſi contract. naſcunt.* Bart. *in leg. Si morà ff. ſolut. matrim. in prælud.* 43. Greg. Lop. *in leg.* 1. *tit.* 10. *part.* 5. *gloſ.* 1. Pichar. *in rubric. inſtit. de ſociet. num.* 5.

(28)
Porque quando es el animo eſperar inſtantaneamente à la cõpra, la diuiſion no puede creerſe fue contraher compañia; y eſtos ſon los terminos de la *Ley 2. commun. diuidund.* y de la *Ley Cum proponas, C. pro ſocio,* Petr. de Vbald. *de duobus fratrib. in proœmio prope principium.* Y los que ſe refieren *ſupr. num.* 26.

(29)
Dict. leg. Vt ſit actio, 31. *leg. Nam cum,* 32. *Leg. Quibus caſibus,* 34 *leg. Pro ſocio,* 38. *ff. pro ſocio, dict. §. Item ſi inter aliquos.*

getos à las obligaciones que el participe contraxo; (30) con que si se quiere dar la naturaleza deste contrato de compañia incidente, ò impropria, al caso presente, se hallan sin razon legal los acreedores para pretender que D. Francisco les deba satisfacer sus caudales.

41 Bolviendo al intento principal, que es el constituir este contrato en el de compañia particular, parece que se manifiesta euidentemente; porque la compañia particular no es otra cosa que vna negociacion determinada à este, ò al otro caso, à perdida, ò ganancia en èl, (31) tan limitado, y circunscripto à la negociacion de que se trata, que no puede tener, ni darsele mas extension, ni ampliacion.

42 Con que auiendo sido la compra del Nauio, sus aprouechamientos, y fletes por mitad, fue esta compañia determinada vnicamente al referido Nauio, sin que se pueda estender à otros negociados, y consiguientemente particular, especialmente quando la censura legal no conoce otros generos de compañias propias mas que los tres referidos; y no siendo el general omnium bonorum, el general ad quæstum, & negotiationem, à sufficienti se euidencia ser este el tercer genero, que es el particular certæ rei negotiationis.

43 Dada naturaleza fixa à este contrato, y auiendole apropriado al de compañia particular, es preciso indagar què obligacion le corresponde al socio de los contratos que el consocio celebra; y el principio elemental es, que el socio no queda obligado, por contrato que el consocio executa, (32) porque se necessitan, para que se le pueda convenir por esta obligacion, tres requisitos indispensables, y que deben cõcurrir todos; de calidad, que faltando alguno, no puede surtir efecto el contrato contra el compañero que no se obligò; el primero es, que el que se obliga, tenga mandato tacito, ò ex-

(30) Scebol. *in leg. Ex parte, 39. §. Filius, ff. familiæ ercifcund.* ibi: *Filius Reipublicæ debita, quæ post mortem patris cõtraxit fratri suo, pro parte hæreditaria reputare non potest, si nõ in omnibus socij essent, licet hæreditatem paternam communem haberent, leg. 2. ff. commun. diuidund.*

(31) *Leg. Cum duobus, §. Cum duo, ff. pro socio, leg. Societatis, 5. ff. pro socio, § Societatem, instit. eodem, l. 3. tit. 10. p. 5.* Bart. *in l. Titium, §. Altero, ff. de admin. tutor.* Petr. de Vvald. *in tract. de duob. fratrib. § p. num. 3. in princip.* Conrad. *de contr. tract. 6. q. 93. sup. 3.* P. Molin. *de iust. & iur. disp. 415. num. 1.* Filiuc. *tom. 2 qq. moral. tract. 38. cap. 3. q. 1. num. 31. & quos congerit* Leonard. Duard. *dict. tract. q. 1. 2. & 3.*

(32) *Leg. 1. § Non autem, ff. de exercit. action. leg. Si pupillus, § Conuentio, ff. de instit. action. leg. Si socij simus, leg. Iure societatis, ff. pro socio,* Petr. de Vvald. *de duobus fratrib. part. 9. num. 1.* Genuens. *decis. 7. num. 3.* Thesaur. *decis. 136* Vicent. Carroc. *decis. 118. num. 11.* Bald. *in leg. 1. § Non autem, & leg. final. ff. de exercit. action.* Alexand. *cons. 110. in fin. num. 3.* Castrens. *cõs. 415. num. 2. lib. 1.* Riminald. Iun. *cons. 331. volum. 3.* Menoc. *cons. 410. volum. 5.* Olasc. *decis. 159.* Andr. Gail. *pract. obseruat. lib. 2. obseruat. 24. n. 9.* Cephal. *cons. 635. & 768.* Surd. *decis. 213.* Franc. Magon. *decis. 1. n. 28.* Crauet. *consil. 129.* Iunt. *cons. 189.* Ruin. *cons. 92. volum. 1.* Cuman. *cons. 8.* Merlin. *de pignorib. lib 4. tit. 1. q 41. num. 22.* Iuan Baptist. Acost. *de ratione rat. q. 99. n. 1. & in tract. de iuris, & fact. ignorant. distinct. 52 centur. 1.* Ciriac. *contr. 477. n. 8.* Michalor. *d. tract. p. 2. cap. 48 per tot.* Felic. *de societ. cap. 30. per tot. & quos congerit* Franc. Roc. *resp. 86 & in trac. de societ. mercat. num. 17.*

expresso del consocio: el segundo, que se obligasse en nombre de la compañia: y el tercero, que el acreedor siguiesse la fee de ambos. (33)

44 Veamos si alguna destas circunstancias concurriò, y es euidente que no, porque mandato no le huvo, ni tacito, ni expresso; pues ni de los autos resulta, ni se induce por cōgeturas; siendo de la obligacion de los acreedores probarlo; (34) ni menos contraxo en nōbre de la compañia, porque especuladas las escrituras, de ninguna dellas, no solo consta, pero ni aun se enuncia. Y no es dudable que los acreedores no siguieron, ni pudieron seguir la fee de Don Francisco, si solo la de Don Pedro, en cuya contemplacion hizieron el emprestito, y à quien fue su animo obligar, y no à otro; siendo tan proprio este requisito del animo en los contrayentes, para que resulte obligacion; que faltando, no puede subsistir el contrato, (35) porque la voluntad es la essencia, y sustancia dèl; (36) y no auiendola auido en los acreedores de obligar à Don Francisco, ni las calidades referidas, no se puede discurrir por què medio le pueden conuenir, y sugetar à la paga destas cantidades.

45 Especialmente, quando las obligaciones las causò Don Pedro para otros efectos independientes de la compañia; que en este caso, aunque huviera expressamente pactado, y huviera otorgado las escrituras en nombre de ella, y segun su forma, no podian surtir obligacion contra los consocios; (37) porque los actos facultatiuos, y de mera voluntad, no se pueden estender fuera de los limites della; (38) y no teniendola, ni aun implicita Don Francisco de que le obligasse Don Pedro en todos sus contratos, es contra toda legal disposicion el que por ellos quedasse sugeto à la satisfacion, y pudiesse ser igualmente convenido.

46 Assentado que esta compañia es parti-

(33) Mar. Giurb. *ad Mesan. cap.* 19. *glos.* 5. *part.* 1. *à num* 1. D. Olea *de cession. iur. & action. tit.* 4. *q.* 8. *num.* 17.

(34) Porque en duda se entiende auer contratado nomine proprio, Alberic. *in leg. si pupilli,* §. 1. *in fine, vers. Cessantibus istis coniecturis.* Matth. Burat. *decis.* 113. *n.* 13.

(35) *L. Non omnis numeratio, ff. de reb. creditis,* Segur. *in direct. iud.* 2. *p. cap.* 3. *num.* 41. *cum seqq.* D. Salgad. *de Reg.* 4. *part. cap.* 3. *num.* 47. *cum seqq. &* 2. *part. de retent. cap.* 22. *num.* 12. Giurb. *de feud.* §. 2. *glos.* 13. *num.* 34.

(36) *L.* 1. *de verb. oblig. l.* 5. §. *Stipulatio, ff. eod. tit. l.* 1. §. *Verbis, l. Obligamur, ff. de oblig. & act. l.* 1. *tit.* 11. *part.* 5. Gom. *variar. lib.* 2. *cap.* 9. *num.* 3.

(37) Bart. & Bald. *in leg. Iure societatis, ff. Pro socio, l. Si socius, l. Ne me ex socijs, ff. eodem,* Barb. *solut. matrim. l.* 1. *n.* 75. Alvar. Valasc. *consult.* 98. *num.* 3. *cum* Gutier. & Merlin. D. Olea *vbi supra.*

(38) *L. final. C. ne vxor pro marito, l.* 1. §. *Si quis, ff. de itinere, actuque priuato, l.* 1. *& l. Tutori, C. de negot. gest.* Matienç. *in leg.* 2. *tit.* 9. *lib.* 5. *Recop. num.* 34.

*

L. Iulianus, §. *Si quis rem, ff. ad exhibendum, cap. Cum dilecta de rescript.* Amat. *var. resol. lib.* 1. *resol.* 11.*n.*4. D.Couar.*prac. cap.* 9.*n.*7. Vrrrutigoit.*part.* 1. *Past. claus.* 15. D.Salg. *de prot.cap.*10. *à n.* 61. *& quos congerit* Barbos. *in collect.ad dict.cap.cum dilecta.*

(39)

L. Procurator, §. *Sed si plures, ff. de tribut.action. vbi* Paul. Angel. Alber. Castrens. *cons.* 285.*n.*3. *lib.* 1. Roman. *sing.* 575. Strac. *de decoctorib. part. vltim.* Caual. *cons* 121.*num.* 9. *&* 10. *volum.* 2. Thusc. *pract.conclus.*296.*litter. S. num.* 23. *&* 24. Costa Sicul. *cons.* 55. *num.* 2. Fontan. *de pact. nuptial. tom.* 1. *claus.* 4. *glos.* 9. *part.* 2. *n.* 52. *& seq. & quos congerit* Francisc. Roc. *resp.* 86. *n.* 1. 2. 3. *&* 4. *& in tract. de societ.mercat.n.* 168. *& seqq.*

(40)

L. Merito, ff pro socio, ibi: *Qui partis dominus est, leg.* 1. *&* 2. *eod.* Bald. *in rubric. C. pro socio, n.* 4. *& elegantèr* Horat. Montan. *de regalib. verb. Argentariæ, n.* 25. *vers. Qui vero.*

(41)

L. Paulus, 38. §. *Quæsitum, ff. eod.* Bald. *in leg. vltim. C.comm. delegat.num.*2. Cephal.*cons.*596 *num.* 3. *&* 4. Barbos. *in leg. Si cum dotem*, §. *final. num.* 32. *ff. solut.matrim. pro glos. in leg. Iulianus* § *Afferri, ff. de act.empt. & vendit.* Negusant. *de pignor. part.*4.*n.* 35. Ripa *in leg. Ventri*, §. *In bonis, de priuileg.credit.n.*6. D.Couar. *variar. lib.*1.*cap.* 7. *n.* 3. *vers. Cui.* Pinell. *in leg.* 1. *C. de bon.matern.p.* 3. *n.* 55. Mantic. *de tacit. lib.*21.*tit.*12.*n.*7. *in fin.*

ticular à cierta, y vnica negociacion; veamos si en este concurso de deudas, debe ser preferido Don Francisco à los acreedores en la mitad del Nauio, sus fletes, y aprouechamientos; ò si los acreedores tendràn algun derecho à esta mitad: y parece que los acreedores no pueden tener accion para pedir à Don Francisco en su mitad, y que este debe tener antelacion en ella à ellos, por dos medios: el primero, porque los caudales que tomò Monjardin à su credito, fueron sin el permiso, y licencia del Prior, y Consules; solemnidad tan precisa, y requisito tan indispensable, que invalida, y anula la obligacion, dexando el acto (por ser contra forma dada por ley, ò rescripto, con clausula irritante) de ningun momento. (*) verificandose el fin, y causa de la ley en el caso presente, pues si huvieran precedido las licencias, se supiera en el comercio las cantidades que auia adeudado Monjardin, y Don Francisco lo huviera contradicho; y si no lo huviera hecho, pudiera la taciturnidad serle perjudicial. El segundo, porque los acreedores sociales, ò que dependen de la compañia, no deben concurrir con los acreedores particulares de vno de los socios, en obligacion que no se contraxo para la compañia; siendo preciso se dè satisfacion à los acreedores sociales, con separacion, è independencia de los del socio, porque como este no puede obligar al consocio, (39) ni à su capital, sin los requisitos arriba referidos, especialmente quando el dominio de la suerte principal queda en los socios pro rata que contribuyeron, (40) y la obligacion, ò hipoteca no se induzga, sino que expressamente se explique por el señor de quien es la cosa (porque la tacita no se contrahe, sino en los casos (41) especiales) se infiere legitimamente, que no auiendo concurrido Don Francisco à las obligaciones que contraxo D. Pedro, no avrà razon para que su caudal se quiera obligar à la paga de los acreedores.

47 Esfuerçase mas esta razon, porque los acreedores del socio no pueden pretender mas accion, que subrogarse en aquel derecho que tiene el socio deudor

dor: el socio deudor no tiene otro, que el residuo, deducto ære alieno, del globo de la compañia, (42) luego si es preciso sacar precipuamente la parte, y porcion, assi del principal, con los aprouechamientos que tocaron à Don Francisco, como suyos propios, por què medio se le podrà impedir?

48 Hazese mas euidente, porque en este caso Don Pedro representa dos personas diuersas, vna como administrador desta compañia, y otra como obligado à estos caudales, produciendose precisamente distintos efectos: (43) luego si se consideran como separados, por què medio, ni razon se podràn vnir à vn acto tan sumamente perjudicial, con el auer de concurrir à pagar las deudas de otro, sin auer auido consentimiento para obligarse?

49 Y con mas razon, quando el debito, y credito que toca, y pertenece à la compañia, es diuerso, y separado del que toca al compañero, como particular: (44) de calidad, que no se puede dar, ni admitir compensacion del debito de vna compañia à otra, ni de la deuda del socio, como particular para la compañia. (45)

50 Ni pueden los acreedores pretender antelacion, aun en caso que concurran, porque siempre deben ser preferidos los acreedores sociales de vna negociacion à los de otra: (46) y siendolo Don Francisco de la del Nauio, en que se exercitò la compañia, hasta tanto que se saque su porcion principal, y ganancias, no se les puede passar à hazer pago à los acreedores; y esto, aunque fueran acreedores anteriores, (47) aunque lo fueran antes, ù despues de contrahido el pacto de sociedad, (48) y aunque tuvieran el priuilegio de hipotecarios con el beneficio de la prioridad del tiempo: (49) porque siempre que conste de la compañia, y que no se obligò el socio, ni pudo obligarle el consocio, aora sea sacando la parte principal, y sus ganancias,

F sin

(42)
L. Omne æs alienum, cum seqq. ff. pro soc. Aluar. Valasc. *in titul. de partitionib. cap. 23. per totum,* Merlin. *de pignorib. lib. 4. tit. 1. q. 41. num. 23.* Fontanel. *vbi supr. num. 55.* Noguer. *alleg. 11.*

(43)
Alexand. *cons. 139. n. 2. & 3. lib. 3.* Anchar. *cons. 400.* Cuman. *cons. 172.* Petr. de Vvald. *de duob. fratr. part. 24. num. 3.* Petr. Cauallin. *cons. 121. num. 9. & 10. lib. 2.* Salicet. *in l. Eius, in fin. C. de compensat.* Cost. *de remed. subsid. remed. 119. num. 12. & seq.* Noguer. *alleg. 11. num. 148.* Fontanel. *vbi supr. num. 53.* Gratian. *discept. forens. cap. 954 num 4 & seq. & cap. 948 per tot.* D. Salg. *Labirint. p. 1. cap. 9. n. 48.*

(34)
Francisc. Magon. *decis. Lucens. decis. 1* Fontanel *vbi supr. num. 51. &* D. Salgad. *vbi supr. num. 61.*

(45)
Cauall. *cons. 121. num. 16. & 17.* Nouar. *decis. 159. num. 2. per tot* Noguer. *dict. alleg. 11. num. 138 plurimos allegans,* Antonin. Amat. *variar. resolut. 17. à num. 4. &* D. Salgad. *dict. loc. n. 62. 63 & 64.*

(46)
Dict. leg. Procurator, §. Si plures, ff. de tribut. action. Francisc. Magon. *vbi supr. num. 26. & 27* Fontan. *vbi supra, num. 52.* Scac. *de cambijs, § 6. glos. 1. num. 93. & quos congerunt* Noguer. *dict. alleg. 11. num. 130.* D. Salg. *dict. loc. n. 53. & 54* Francisc. Roc. *respons. 86. n. 10. & in tract. de societ. mercator. n. 13.*

(47)
Authores citati num. anteced.

(48)
Burat. *decis. 514. per totã.* Noguer. *dict. allegat. 11. num. 148. & seq.* D. Salgad. *vbi supra, num. 58.*

(49)
Segismund. Scac. *de cambijs, §. 6. glos. 1. num. 94.* Gratian. *discept. forens. cap. 964. n. 1. ad 5.* Fontan. *vbi supr. num. 52.* D. Salgad. *vbi supra, num. 57.* Ioan. Baptist. Toro *in compend. decision. tom. 2. verb. Creditor, licet posterior.*

(50)
Con Magonio, y Fontanel. lo resuelven, el señor Salgad. *dict. loc. num.* 60. Hermosill. *ad leg.* 49. *tit.* 5. *p.* 5. *glos.* 6. *sub num.* 9. *tom.* 2. Franc. Roc. *dict. respons.* 86. *n.* 15. quien en el *num. vltim.* dize que en esta conformidad se decidiò en la Regia Camara del Reyno de Napoles.

(51)
L. penultim. §. *Tabernæ, ff. de inst. action.* Petr. Surd. *consf.* 326. *n.* 1. Sthephan. Gratian. *discept. cap.* 677. *n.* 25. Rota Genuens. *decis.* 14. *n.* 3. Hector. Felic. *de societ. cap.* 3. *n.* 19. Merlin. *de pignor. lib.* 2. *q.* 76. Mar. Giurb. *decis.* 88. *n.* 9

(52)
L. Si tamen, §. *Si plures, ff. de exercit. act.* Fulgos. *in dict. leg.* Strac. *de mercat.* 3. *part. num.* 51. Rota Genuens. *vbi supr. num.* 65. & 66. *quos vide.* Hermosill. *in leg.* 7. *glos.* 2. *tit.* 1. *part.* 5. *n.* 4.

(53)
Greg. Lop. *in glos.* 4. *leg.* 7. *tit.* 1. *part.* 5. Ioan. Gutierr. *de tutel.* 2. *part. cap.* 13. *num.* 8.

(54)
D.D. *in leg. Si institorem, ff. si cert. petat. vbi* Iasson, *n.* 2 Bartol. *cons.* 79. *lib.* 1. & *in leg* 1. §. *Familiæ, n.* 6 *de public.* Ronchegal. *in leg. eadem in princip. ff. de duobus reis, num.* 153. & 154. Rota Genuens. *vbi supra, num.* 3.

(55)
Innocentius *in cap. Quod quibusdam, num.* 3. *de fideiussorib.* Alexand. *in additionib. ad Bartol. in leg. Cuicumque in princip. lit. E. de institor.* Iasson, & Bald. *vbi supr.*

sin concurso; aora concurriendo, se le debe hazer pago, y satisfacer à Don Francisco primero que à los acreedores; porque estos solo podràn tener accion al capital, y ganancias que le correspondieron en las cuentas à Don Pedro su deudor, subrogandose en su derecho; (50) mas no intento para que de lo que le debe tocar à Don Francisco, se les dè satisfacion de sus debitos.

51 Sin que à estas euidentes razones puedan seruir de obice algunas excepciones que por los acreedores se han opuesto, assi ante el Consulado, como nueuamente en el Consejo, por tener claro conuencimiento.

52 Es la primera, que assentada la compañia, quando vno de los compañeros corre con la negociacion, el contrato que este celebra, adstringe à los demàs, (51) como si à èl concurrieran; por presumirse preposito, ò institor, y que le executa con fuerça de tacito mandato; mas en nuestro caso no es de fundamento alguno.

53 Lo primero, porque aqui se trata de querer constituir vna compañia particular, que resultò de la compra del Nauio, no expressa, ni literal, porque no consta de los autos, si vna sociedad tacita, inferida de congeturas; y para que en este genero de contrato nazca obligacion de la deuda que contraxere el socio que administra, es requisito indispensable que tenga mandato expresso, porque sin èl, aunque contraiga para la compañia, no obliga al consocio, (52) sino que se probasse que fue conuertido en su vtilidad, (53) mediando esta diferencia entre la compañia tacita, y la expressa.

54 Lo segundo, que aqui no se puede verificar que D. Pedro fuesse institor, ò negociador desta compañia, porque para la constitucion deste exercicio, no ay mas que dos medios; (54) vno, que resulta del especifico mandato, (55) y consentimiento del socio; y otro tacito. El expresso no se verifica por instrumentos, ni el tacito por los medios que la legal disposicion tiene preueni-

dos

dos, que son, tratarse publicamente como institor, ò negociador de la compañia, con sciencia, y tolerancia del consocio, y que publicamente se tuviesse por tal en el comercio, (56) con que no auiendo auido tal voz en èl, ni tratandose como tal institor D. Pedro con sciencia de Don Francisco, este no podrà ser participe en las obligaciones que contraxo el otro.

55 Lo tercero, porque aunque tuviera todas las calidades referidas, y fuera realmente institor desta negociacion, aun en el caso presente no pudiera Don Francisco ser convenido por las obligaciones que contraxo Don Pedro, porque para poderse reconvenir al consocio que no contraxo por si, sino por el socio institor, se necessitan (entre otras) como requisitos substanciales, tres circunstancias: la primera, que el contrato que se celebra, sea para vtilidad de la compañia, en la negociacion de la misma compañia; y que expresse en su formacion, que lo recibe para la compañia.(57) La segunda, que es oportunidad, y de conueniencia à la sociedad el recibir los emprestitos.(58) La tercera, que el acreedor que diò el caudal, fuesse sabidor desta oportunidad, y que le contribuyesse en contemplacion de los socios, y compañia, sin otro respeto.(59)

56 Y es sin controuersia no hallarse ninguna de las mencionadas, antes bien se deducen de los autos otras ex diametro opuestas, pues por Março estaua ya pagado el Nauio, y por Abril fue quando empezò Don Pedro à contraher las obligaciones; con que no pudo convertirse en la vtilidad desta compra el caudal prestado, ni menos se contraxeron las obligaciones, con respecto al Nauio en que estaua radicada la cõpañia, por auerse constituido las hipotecas en

(56) Stephan. Gratian. *discept. forens. tom.* 4. *cap.* 677. *num.* 26 Cancer. *var.* 3. *par. cap.* 1. *num.* 82. Nicol. Gen. *de script. priuat. lib.* 4 *cap.* 11. *num.* 10. Petr. Gregor. *sintagm. lib.* 29. *cap.* 12. Arismin. Tepat. *tit.* 520. *cap.* 5. *vers. Omne*, Hermosill. *vbi supr. num.* 3.

(57) *Leg.* 1. §. *Quod si ab initio, leg. vltim ff. de exercit. action. vbi omnes* D.D. Paul. Castrens. *in dict. leg.* 1. & *in rubric.* & *in leg. Institoria, C. eodem,* Alexand. *cons.* 44. *num.* 6 *lib.* 2. *cum* Innocent. Bartol. & alijs; Paul. Paris. *cons.* 95. *num.* 50. *cum seqq.* Gratian. *decis.* 178. *n.* 1. Card. Thusc. *verb. Institor, conclus.* 224. *num.* 36. Gail. *lib.* 2. *obseru.* 20. *num.* 8. Y es especioso lugar el de Antonin. Amat. *Variar. resolut.* 99. *ferè per tot. præsertim num.* 14.

(58) *Dict. leg. vltim.* Alexand. *num.* 6. Rota Genuens. *dict. decis.* 14. *num.* 103. & 104. Nicol. Genua *num.* 40 *vbi supra.*

(59) *Dict. leg. vltim. versic. Si scirent pecuniam esse necessariam, ff. de exercit.* Alexand. *dict. consil. lib.* 2. *n.* 6. Rota Genuens. *vbi supra, num.* 97. 98. & 105. & Genua, *num.* 41. & latè Hermosill. *in leg.* 7. *glos.* 2. *per tot. tit.* 1. *part.* 1.

en los fardos, y mercaderias; y en las que le hipotecò, era ya quando estaua el Nauio à la vela, de que se infiere no seria su producto para el apresto, y conueniencia dèl.

57 Luego si no ay fundamento para que Don Pedro fuesse institor, ò preposito en esta compañia, ni por instrumento consta, ni por actos externos, presumpciones, ò congeturas se induce; antes bien, qualesquiera que pudieran inferirse, se eliden con auer puesto Don Francisco por institor à Roque Ximenez, y faltandole las qualidades referidas (aunque lo fuera con expresso consentimiento) para obligar à Don Francisco en los contratos hechos por si solo, parece sin duda, que la referida excepcion opuesta por los acreedores, no puede ser de consideracion para sugetar la hazienda de Don Francisco à la satisfacion de sus creditos.

58 La segunda es, que Don Francisco consintiò en que la compra del Nauio saliesse en cabeça de Don Pedro, siendo assi, que se comprò para ambos, dando motiuo à que los acreedores creyessen justamente que eran del caudal suyo, y se conmouiessen à hazerle los emprestidos que le hizieron; que à no estar en esta inteligencia, no lo huvieran executado, resultando deste silencio vna accion de dolo contra Don Francisco, (60) para la resarcion de los daños que se causaron à los acreedores.

59 Mas esta excepcion tiene manifiesta satisfacion, porque para que la accion de dolo surta efecto, es necessario que se pruebe por el que la intenta; porque como el dolo sea especie de delito, (61) y este no se presume, si no es que conste, (62) no justificandose, no puede darse esta accion; especialmente quando lo que se executa no es ex genere prohibitorum; antes bien es ex genere permissorum, (63) dandose por licito en la juridica disposicion el contrato de compra, y venta que se haze en nombre de otro: (64) luego no probandose que Don Francisco cometiò dolo en la referida compra; antes bien, no dudandose que vsò de su derecho, no podràn los acreedores reconuenirle con la referida accion.

(60) *Argum. text. in leg. ff. de dolo.* Especialmente auiendole prestado tambien dinero Don Francisco, *arg. text. in leg. si sine, C. ad Velleianum,* ibi: *Quod si patientiam præstitisti, quasi suas res maritus obligaret, decipere voluisti mutuam pecuniam dantem.*

(61) *Leg. 1. §. Nunc tractemus, ff. de Magistratibus conueniendis,* Bald. *in leg 15. de iudic.* cum Lancelot. & Dec. Petr. Barbos. *in dict. leg. 15. de iudic. num. 49.*

(62) Petr. Barbos. *in leg. Eum qui temere, ff. de iudic. num. 26,* Flamin. *de resignat. lib. 10. q. 2. num. 8.* Surd. *decis. 307. num. 17.* Tiraq. *de præscript. § 1. glo. 2. ver. Sed quod.* P. Sanch. *de matrim. lib. 8. disp. 21. n. 68.* Menoch. *de præsump. lib. 5 præsumpt. 3.*

(63) *Leg. 14. tit. 34. part. 7.* D. Molin. *de primog. in annotat. num. 8.* Paz *de tenut. cap. 57. num. 216. & seqq.* Valenç. *cons. 77. num. 10.*

(64) *Leg. Secundum responsum, C. de contrahend. emption.* Gratian. *discept. tom. 3. cap. 547. num. 5.* Cencio *de cens. q. 67. num. 13. in princip.* D. Salg. *Labirint. 2. part. cap. 13. num. final.*

60 Y no es dudable que para que esta tuviera lugar en el caso presente, se necessitaba que Don Francisco huviesse afirmado à los acreedores que Don Pedro era hombre de gran caudal, induciendoles à los contratos, y que estuviesse cierto de lo contrario; porque si verosimilmente tuviesse causa para engañarse, no se le pudiera conuenir; (65) porque como accion penal, y famosa, qualquiera causa que tenga alusion à auerse hecho con otro motiuo, que el del dolo, la dexa ineficaz, y sin operacion.

61 La tercera, y vltima (que se deduxo en el Consejo) es, que Don Pedro comprò el Nauio para si, y que adquiriò dominio en èl, de donde resultò la facultad de poderle sugetar à qualquier contrato, sin que la declaracion, ò escritura que hizo en 7. de Iulio pudiesse perjudicar à los acreedores con quienes tenia contraidas sus obligaciones anteriores; y porque esta excepcion tiene dos partes, se harà euidente su insubsistencia en ambas.

(65) *Leg. 7. §. final. ff. de dolo, ibi: Idem Pomponius refert Cæcilianum Prætorem non deaisse actionem aduersus eũ, qui affirmauerat idoneum esse eum, cui mutua pecunia dabatur, quod verum est, nam nisi ex euidenti, & magna callíditate, non debet de dolo actio dari.*

(66) Bald. *cons. 349. num. 5. volum. 1.* Petr. Surd. *cons. 43. num. 6. & 7. & decis. 33. num. 1.* Cyriac. *controvers. 157. num. 26. & 27.*

(67) Bald. *in leg. Si Patruus, colum. 2. n. 5. ad medium, C. commun. vtriusque iudicij,* Alexand. *consil. 25. num. 2. & cons. 90. num. 9.* Petr. Barbos. *in leg. Post dotem, num. 23. ff. soluto matrim.* Menoch. *de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 49. per tot. & lib. 2. præsumpt. 2. num. 18. & de arbitr. casu 470. num. final.* Surd. *cons. 19. num. 25. & decis. 325 num. 8.* Noguer. *alleg. 20. num. 36. & seq.*

62 En quanto à la primera, se deben atender tres consideraciones con que los acreedores pueden contemplar esta compra del Nauio, porque, ò la miran como compra independiente de compañia alguna, ò como compra que fue causa eficiente de la compañia, ò como compra executado ya el contrato de compañia.

63 No puede tener subsistencia la primera consideracion en nuestro caso, porque si no huviera auido compañia, no huviera medio legal por donde querer obligar à Don Francisco à pagar las deudas de Don Pedro; concurriendo à esto el que los acreedores en las instancias del Consulado, y Iuez de Alçadas, se ha valido repetidamente de que huvo compañia, y del instrumento declaratorio de 7. de Iulio, con que no le pueden reprobar. (66)

64 Y aunque no huviera compañia en este pleyto, constando, como consta por diferentes testigos, y por instrumentos, que la mitad del Nauio se comprò con dinero de Don Francisco para èl, y que huvo tratado antecedente entre los dos, aunque en la compra no se expressasse, se debe entender que se comprò para ambos, (67) en execucion del mandato; obrandose por este medio la adquisicion del dominio en el constituyente, aunque no se mencio-

nasse

(68)
Leg. 4. §. *Vnde quæri poteſt, ff. de manumiſsionib. leg. Qui in aliena, §. Si is qui putabat, ff. de adquirend. hæred. leg. Pignori, §. final. ff. de vſucap. vbi* Bartol. Angel. & Noguer. *vbi ſupra, num.* 36.

(69)
Duard. *poſt tractat. de cenſib. deciſ.* 346. & 347. Noguer. *loco citat. n.* 98. & 99.

(70)
Leg. Actione, §. Si in rem certam, ff. pro ſocio. Menoch. *conſ.* 122. *n.* 73. Hector Felic. *de ſociet. cap.* 14. *num.* 89. ibi: *Et prima coniectura erit, quando res empta fuit, pro qua emenda fuit contracta ſocietas; quia alias ſi non emiſſet communi nomine ſocius, ſed proprio, malignè, & dolosè egiſſe dicetur.* Petr. de Vvalb. *de duobus fratrib. part.* 5. *num.* 3. Michalor. *de fratrib. p.* 2. *cap.* 8. *n.* 20. Duard. *de ſociet. lib.* 1. *cap.* 4. *q.* 4. *num.* 37.

(71)
Leg. 2 *ff. pro ſocio*, Bald. *in l.* 1. *eod.* Leonard. Duard. *lib.* 1. *cap.* 4. *q.* 3. *num.* 9. P. Molin. *de iuſtit. & iure, diſput.* 411. *num.* 6.

(72)
Leg. 1. & 2. & *gloſ.* & *DD. communitèr, ff. pro ſocio, & in leg. Si ſocius, ff. ſi certum petatur.* Decius *in l. Traditionibus, n.* 3. *C. de pact.* Menoc. *conſ.* 122. *num.* 5. Roman. *conſ.* 16 *n.* 2. Petr. de Vval. *de duob. fratrib. p.* 5. *ſub num.* 2. Felic. *de ſociet. cap.* 9. *num.* 45. & 46.

(73)
Iaſſon *in leg. Si ſocius, num.* 1. *ff. ſi certum petatur*, Gom. *lib.* 2. *variar. cap.* 5. *num.* 3. *in fin.* Filiuc. *qq. moral. tom* 2. *tract.* 38 *cap.* 1. *q.* 4. *n.* 6. & *q.* 5. *num.* 7. Leonard. Duard. *vbi ſupr. num.* 9 *in fine.*

(74)
Gloſ. in leg. Qui in aliena, 6. §. *Si is qui putabat, ff. de adquirend. hæreditat.* Gratian. *tom.* 3. *cap* 401. *num.* 42. & 43. D. Molin. *de primog. lib.* 4. *cap.* 4 *n.* 33. Pereir. *de emption. & vendit. cap.* 20. *num* 17. Peregrin. *deciſ.* 2. *num.* 10. *verſ. Alius caſus eſt.* Gait. *de credit. cap.* 4 *quæſt.* 11. *num.* 1430. & *ſeq.* & *num.* 1434. Fuſſar. *quæſt.* 627. *num.* 28. & 29. Michalor. *de fratrib. vbi ſupra, q.* 8. *num.* 20. Duard. *de ſocietat. lib.* 1. *cap.* 4. *quæſt.* 4. *num.* 37.

naſſe ſu nombre; (68) de calidad, que aunque el mandatario ſugetaſſe, ù obligaſſe la alhaja comprada para el mandante, no tiene eficacia la obligacion, ò hipoteca. (69)

65 Luego ſi conſideran los acreedores eſta compra como independente de todo genero de compañia, y con las calidades que de los autos reſultan, ſerá fruſtraneo el intento de que la mitad de Nauio que tocò à Don Franciſco, quedaſſe obligado à la ſatiſfacion de las deudas que contraxo Don Pedro.

66 Ni la ſegunda conſideracion puede ſer de fundamento, para que en fuerça de la compra ſe radicaſſe el dominio inſolidum en D. Pedro, porque quando la compra es la cauſa eficiente de la compañia, aunque el conſocio la haga nomine proprio, ſe entiende hecha para compañia: (70) demàs, que ſiendo el capital de la ſociedad el Nauio, y en èl radicada vnicamente la particular negociacion, es preciſo ſe comunicaſſe entre los ſocios el dominio, y poſſeſsion dèl; (71) ſin que ſe neceſsitaſſe de expreſſa tradicion; (72) porque ſe entiende intervino la tacita, cooperando à eſto el auxilio de la ley, como en la clauſula de conſtituto. (73)

67 Deſvaneciendoſe aſsimiſmo la vltima conſideracion, con que aunque ſea cierto que la compra que executa el compañero nomine proprio, adquiere el dominio para ſi, eſto ſe debe entender, no teniendo obligacion de comprar para la compañia, porque teniendo eſta preciſion, aunque compre nomine proprio, ſe comunica el dominio en los compañeros; (74) demàs, que

que en nuestro caso consta claramente por testigos de hecho proprio, y por la declaracion de Don Pedro, que su animo fue comprar el Nauio para èl, y Don Francisco; y quando se verifica el contrato comun, aunque el consocio compre simplicitèr para si, tiene el mismo efecto que si en nombre de ambos huviesse comprado, teniendo mas eficacia en el concepto legal el hecho que se debiò executar, que las palabras de su execucion. (75)

68 Conque aunque los acreedores se valgan de qualquiera de las referidas consideraciones para fortalecer su excepcion, y priuar à Don Francisco del dominio de la mitad del Nauio, sus fletes, y aprouechamientos, seràn ineficazes, y de ningun fundamento, como lo es la segunda parte de esta excepcion, porque aunque la declaracion de Don Pedro de 7. de Iulio se quiera pretender simulada, y en perjuizio de los acreedores, y consiguientemente desestimable, esto pudiera ser en caso que Don Pedro estuviera proximo à su insolvencia, (76) y que no huviera otros medios que coadjuvàran, y afiançàran su confession; (77) mas auiendo testigos, è instrumentos que concluyentemente prueban la compra del Nauio por mitad entre Don Francisco, y D. Pedro en Março, quando no tenia contrahida deuda alguna; y siẽdo la declaracion, ò escritura de 7. de Iulio execucion de lo antecedentemente obrado, con virtud retrotractiua al tiempo del contrato, (78) no para perficionarle, sino para que Roque Ximenez tuviesse los instrumentos por donde cõvenirle en la Vera-Cruz, no se encuentra medio legal para su invalidacion; concurriendo à esto el que los acreedores se han valido deste instrumento, como vnico pretex-

(75) *Leg. Si vnus, in princip. ff. locat.* Roland. *cons.* 34. *num.* 13. Menoch. *de præsumpt. lib.* 1. *q.* 26 Felic. *de societ. cap.* 10. *num.* 14. *in fin.* & *cap.* 18. *sub num.* 12. Duard. *vbi supr. n.* 42. Burat *decis.* 113. *num.* 22. en terminos de compañia.

(76) *Arg. à contrario sensu, leg. Is, cui bonis, ff. de verb. obligat.* Scac. *de commerc.* § 2. *glos.* 5. *num.* 329. & 331. & 445. Strac. *de decoction. part.* 3. *n.* 28. Gait. *de credit. cap.* 2. *tit.* 7. *n.* 24 9. & 2421. & *elegantèr* Burs. *cons.* 119. *num.* 27. & 28. *lib.* 1.

(77) Bald. *in authent. hoc ius porrectum, n.* 2. & 3. *C. de Sacrosanct. Eccles.* Boerrio *cons.* 40. *num.* 72. Farinac. *decis.* 334. *in Rot. alias* 459. & 480. *part.* 1. *in recent.* Surd. *decis.* 55. Parlad. *lib.* 2. *rerum quotidianar. cap.* 14. *n.* 3. & *alios referens* Noguer. *alleg.* 20 *num.* 68.

(78) *Leg. A se toto, 77. ff. de hæredib. instituend. Leg. Si ita scripsero, 38. ff. de condit. & demonstr.* Ioan. Andr. *in addition. ad Speculat. tit. de teste, §. Nunc videndus, litter. Q. versic. Plus dico.* Y es especiosa la decision de Matheo Burat. 113. *num.* 24. Noguer. *dict. alleg. num.* 93.

texto para inducir la compañia; y siendo indiuiduo, y auiendole aceptado en parte, le dieron fuerça, y calificacion en el todo. (79)

69 Estas son las razones, y medios que justifican la primera parte deste Discurso, y sentencias del Consulado, Iuez de Alçadas, y sus adjuntos; deduciendose dellas su recta pronunciacion; y porque la segunda parte dèl solo mira à lo ordinatorio del juizio, sus circunstancias; y estas, por ser de hecho, no se presumen, sino es que por las partes se deduzgan, (80) no auiendose hecho por los acreedores, ni encontrandose en toda la serie de los autos, ni aun la mas leue, no parece necessita de mas comprobacion.

70 Con que legitimamente se infiere que destas sentencias que se pronunciaron por el Consulado, Iuez de Alçadas, y sus adjuntos, se causò vna perfecta executoria, sin que dellas se pueda admitir apelacion, suplicacion, ni otro recurso alguno, (81) ni aun el del grado de Mil y quinientas. (82)

(79) *Leg. Cum precum, C. de liberal. caus. cap. Cum olim de censib.* Paul. *in leg. 1. §. editiones, num. 7. ff. de edend.* Noguer. *alleg. 6. num. 69.* D. Valenç. *cons. 10. num. 23. & cons. 150. num. 24.* Francès de Vrrutigoit. *p. 3. Pastoral. vot. 4.*

(80) *Leg. In bello, §. Facta, ff. de captiuit. & postlimin.* D. Salgad. *2. part. de retent. cap. 30. §. 2. num. 16.* Menoc. *de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 14.* Vela *dissert. 20. num 38. & dissert. 41. n. 1. & seq.* Carleu. *tit. 3. de iudic. disp. 8. num. 9.* Parej. *de instrum. edit. tit. 5. resolut. 10. num. 3.*

(81) Son expressas las leyes 43. y 45. *tit. 6. lib. 9. Indiar.* con que concuerda la *Ley 1. tit. 3. lib. 3. Recop. Hispan.* el señor D. Ioseph de Veitia *en su Norte de la Contrat. lib. 1. cap. 17. n. 37.* Euia Bolañ. *en su Cur. Philip. lib. 2. cap. 15. num. 48.*

(82) El señor Don Ioseph de Veytia en el lugar citado.

DISCURSO SEGUNDO.

QVE SIENDO PERFECTA EXECVTORIA, no puede, con pretexto alguno de los que constan en los autos, vulnerarse.

69 AVIENDO Discurrido por todos los medios legales en la justificacion de los meritos de la causa principal, y calificado la executoria que tiene Don Francisco à su fauor, se entra à disputar si della nace excepcion de cosa juzgada contra los acreedores; de calidad, què queriendo con qualquier pretexto instar en lo que en aquel juizio se controvirtiò, lo podràn hazer; y no puede dudarse, que conforme à la ley referida, se causò perfecta executoria, sin que en otro Tribunal, ni ante otro Iuez se pueda contender sobre lo alli deducido; cerrandose el camino à qualquier ape-

apelacion, y ſuplicacion, (83) no ſolo por la referida ley, ſino por la diſpoſicion generica de que de tres ſentencias conformes no ſe admita recurſo alguno; (84) ſiendo el efecto de la coſa juzgada el poner fin, y termino à los pleytos, en que es inmediatamente intereſſada la cauſa publica, por la tranquilidad, y paz en los vaſſallos; (85) debiendoſe tener tal reſpeto al ſagrado della, que es eſpecie de delito, è injuria el controuertir ſu verdad, y certeza; teniendo expreſſa prohibicion el hazerlo, (86) con pretexto alguno, porque ni el auer deſcubierto nueuos inſtrumentos, (87) ni el valerſe del piadoſo motiuo de la reſtitucion, (88) ni del aſſumpto de la nulidad, (89) pueden inſtaurar el juizio, (ſiendo eſto ſolo de la ſuprema Regalia el ha-

(83) *Dict.l.43.y 45.tit.6.lib.9.Recop.Ind.*

(84) *Leg. Vnic. C. ne liceat tertio prouoc. l. 25. tit. 23. part. 3. l. 5. tit. 5. lib. 7. Recopil.* Garc. *de nobilit. gloſ. 6* § 2. D. Salg. *de Regia, part. 3. cap. 16 per totum,* D.Solorçan. *lib. 2. de iur. Indiar. lib. 3. cap. 7. num. 60.*

(85) D. Salgad. *de retent. 2.part.cap. 13. a num. 3. & cap. 31. num. 77.* D. Larr. *deciſ. 4. num. 8. & 9.* Mar. Giurb. *de feud.* §. *2. gloſ. 1. a num. 4.*

(86) *Leg. Nemo, C. de Summ. Trinit.* ibi: *Nam & iniuriam facit iudicio Reuerendiſsimæ Synodi, ſi quis ſemel iudicata, ac rectè diſpoſita reuoluere, & publicè diſputare contenderit.* Pedro Gregor. *in comment. Syntaxi artis mirabilis, lib. 3. cap. 5. num. 26.* dicens: *Sic obedire iudicatis, vel benè, vel malè, propter authoritatem rerum iudicatarum.* Caſiodor. *lib. 1. Variar. epiſtol. 5.* Surd. *conſ. 312. num. 9.* Barboſ. *in leg. Diuortio, 8* §. *final. num. 59. & 62. verſic. Nam potius, ff. ſolut. matrim.* Martian. *conſ. 4. num. 23.* Gratian. *tom. 3. diſcept. cap. 445. num. 10.* Ponte *conſil. 49. num. 3.* Giurb. *deciſ. 20. num. 3.* Caſtill. *lib. 5. cap. 104. num. 27.* y los copioſos conſejos del ſeñor Valenç. 68 72. *y* 177.

(87) *Leg. Si protinus, 10. ff. de bonis libertor. leg. Cum de hoc, 27. de excep. rei iudic. leg. Imperatores, 35. ff. de ſentent. & re iudicat. leg. 2. C. eodem, leg. Sub prætextu, C. de tranſac. cap. Suborta, 21. de ſentent. & re iudicat. leg. 19. tit. 22. leg. 15. tit. 11. part. 3. & præter congeſt. à* Garañ. Barboſ. *in dict. cap. Suborta,* Fachin. *lib. 1. controu. cap. 51. cum duob. ſeqq.* Donell. *lib. 27. comment. in dict. leg. Imperatores,* Fabr. *de error. decad. 19. error. 5.* Arnold. Viu. *lib. 1. ſelect. cap 44.* Genuenſ. *pract. q. 600.* Valaſc. *de priuileg. pauper. tom. 3. q. 8. num. 164.* Volteyus *lib. 3. de iudic. cap. 12. num. 22.* Patian. *de probat. lib. 1. cap. 67. num. 67. & ſeqq.* Gaſpar Kloc. *de contributionib. cap. 19. num. 447.* Scac. *de re iudic. gloſ. 14. q. 32.* Gait. *de credit. cap. 2. tit. 1. num. 120.* Carleu. *de iud. lib. 1. tit. 1. diſp. 7. ex num. 6.* Eſcob. *de puritat. 2. part. cap. 4. art. 4* §. *1.* Pareja *de inſtrum. edit. lib. 1. tit. 2. reſol. 6. ſpec. 4. num. 322.* Alfar. *de offic. Fiſca. gloſ. 16. num. 161.* D. Larr. *alleg. 71. num. 2.* D. Solorç. *de iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 8. num. 61.*

(88) *Leg. final. tit. 17. lib. 4. Recopil.* ibi: *Quedò comprehendido, y quitado el remedio de la reſtitucion.* D. Amaya *in leg. Vnic. C. de ſentent. aduerſ. Fiſc. lat. retractand. lib. 10. num. 20.* Carraſc. *de caſib. Curiæ, caſ. 2. num. 9.* D. Franciſco de Torreblanc. *de iure ſpiritual. lib. 15. cap. 12.* y aunque en el *num.* 109. la admite, ſe debe entender con la diſtincion que dize.

(89) *Leg. 4. tit. 17. lib. 4. Recopilation.* ibi: *Se entienda aſsimiſmo no auer lugar à alegarſe, ni opponerſe de nulidad, aunque ſe diga, y alegue ſer de incompetencia, ò de defecto de juriſdicion, ò que della notoriamente conſte del proceſſo, y autos. Leg. 33. tit. 14. part. 5. & tit. 26. part. 3.* D. Salgad. *de Reg. protect. part. 3. cap. 16. & cap. 9. à num. 198. & part. 4. cap. 3. num. 230. & cap. 7. num. 38. & cap. 14. a num. 190. & in Labirint. part. 3. cap. 1. à num. 122 & 168.* Eſcobar *de purit. part. 2. q. 4. art. 1.* Paz *de tenut. cap. 14.* D. Larr. *alleg. 107.* Parej. *tit. 2. reſolut. 4. ſpec. 4.*

(90)
Glos. celebris in leg. Ab hostibus, §. *Sed quod ex quib. causis maiores, leg.* 4. *tit.* 24. *part.* 3. ibi: *Fueras ende si el Rey lo quisiesse fazer como señor,* Boerio *decis.* 247. *num.* 10. Gramat. *decis.* 103. *n.* 11. Capic. *decis.* 165. *n.* 3. *&* 5. Surd. *cons.* 199. *num.* 23. Menoch. *cons.* 383. *num.* 37. Sebast. Vant. *de nullit. tit. de nullit. sent. ex defect. iurisdict. ordinar. num.* 127. Ripol. *de Regal. cap.* 13. *num.* 1. 5. *&* 6. Bobadill. *in polit. lib.* 2 *cap.* 16. *num.* 210. Mastril. *de Magistr. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 368. *&* 369 Ponce *de potestat. Pro-Reg. tit. de uniuers. prouision. à num.* 20. Ceuall. *q.* 936. *num.* 374. Gregor. Lopez *in leg.* 135. *glos.* 6. *tit.* 18. *part.* 3. D. Molin. *de primog. lib.* 1. *cap.* 8. *à num.* 28 Guacin. *de defens. reor. defens.* 36 *cap.* 20. *num.* 1. y los que juntaron, el señor Salced. *de leg. polit. lib.* 1. *cap.* 12. *num.* 14. Antun *part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 20. y Don Mathias Lagunez *de fructib. part.* 1. *cap.* 21. *à n.* 133. *vsque ad num.* 140. llamandose por algunos, *insuflatio spiritus vitæ iudicij.* Carleu. *tit.* 1. *disp.* 2. *num.* 942. Geronimo de Leon *decis.* 17. *lib.* 1. *num.* 6.

(91)
Leg. Defensionis facultas, C. de iur. Fisc. lib. 10. Clement. Pastor. §. *Cæterum de re iudic.* Scac. *de appellat. q.* 19. *remed.* 1. *conclus.* 2. *ex num.* 19. Acebed. *in dict. leg.* 4. *tit.* 17 *lib.* 4. *Recopil. num.* 3. Gutierr. *lib.* 1. *practicar. quæst.* 96. *num.* 6. Mexia *ad leg. Tolet. part.* 2. *fundament.* 1. *num.* 21. *&* 23. Auendañ. *de secund. supplicat. num.* 4. *versic. Tertia fallentia*, Pichard. *in manuduct. ad praxim*, 1. *part. præcept.* 2. *num.* 4 Arismin. Tepat. *lib.* 1. *variar. tit. de in ius vocand. vers. Regulariter*, Paz *de tenut.* 1. *part. cap.* 14 *num.* 8 *&* 9. Torreblanc. *de Magia, lib.* 3 *capit.* 30. *num.* 43. *& de iur. spir tual lib.* 15. *cap.* 12. *num.* 7. *& sequentib.*

hazerlo;) (90) y à lo que mas se han templado los Doctores, es, al defecto de citacion. (91)

70 Con que auiendose calificado por la ley referida, que las sentencias del Consulado, Iuez de Alçadas, y sus adjuntos, hazen, y forman perfecta executoria, de calidad, que no se admita apelacion, y suplicacion dellas: (92) lo que de aqui se infiere, lo dize expressamente la ley de la Recopilacion mandada promulgar por la Magestad del señor Rey Phelipe Segundo, (93) ibi: *Que en todos, y qualesquier negocios, en que conforme à leyes del Reyno, de las sentencias dadas por los del nuestro Consejo, y Oydores de las nuestras Audiencias no ha lugar suplicacion, se entienda assimismo no auer lugar alegarse, ni oponerse de nulidad, aunque se diga, ò alegue ser de incompetencia.* Y mas adelante: *Que por las dichas sentencias se entiendan ser acabados, y fenecidos los dichos pleytos, sin que se puedan tornar à mouer, ni suscitar, ni tratar en manera alguna.*

71 Y para que por todos lados quede sin controuersia este Discurso, se deben satisfacer las nulidades que por los acreedores se han opuesto à esta sentencia.

72 La primera es, que desta causa, que pendia ante el Consulado, no se debiò apelar al Iuez de Alçadas, y sus adjuntos, sino que tocò el conocimiento à este Consejo, por auer ley expressa que assi lo ordena; (94) con que esta no se puede dezir executoria, porque huvo defecto de jurisdicion en el Iuez de Alçadas, y adjuntos.

Y

(92) *D. ct. leg.* 43. *tit.* 6. *lib.* 9. *Recopilatron. Indiar.*
(93) *Leg.* 4. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recopil.* adonde los Doctores citados en los *num.* 88. 89. 90. 91. y la ley vltima del mismo titulo, y libro. (94) *Leg.* 25. *tit.* 6. *lib.* 9. *Recop. Ind.*

73 Y aunque parece que esta quedaba desvanecida con las leyes 4. y vltima, (95) que vàn citadas, en que se prohibe la deducion de nulidades de las sentencias, de q̃ no se puede apelar, ò suplicar: y estas, *Aunque se digan, y aleguen ser de incompetencia, ò defecto de jurisdicion*: Y por hallarse incapazes los acreedores de proponer, ni deducir nulidad alguna, por auer sido causa de la que se valen, (*) compareciendo ante el Iuez de Alçadas, y sus adjuntos, contestandos y vltimando el pleyto ante estos Iuezes, sin repugnancia, ni contradicion alguna. No obstante, aun concediendo en lo general esta admision de nulidad, por incompetencia de jurisdicion (que debe templarse, segun el mas legal sentir, quando es la jurisdicion priuatiua, con inhibicion de clausula (96) irritante) en nuestro caso no puede practicarse, para que por ella no tengan existencia las sentencias.

74 Lo primero, porque la referida ley habla solo en caso especial de quiebra de banco, ò Mercader de Indias; y en el nuestro solo se halla vn pleyto de acreedores, formado de los que executaron à Don Pedro, caso muy diuerso del concurso, ò quiebra, porque esta es solo de la que pueden pretender apelacion al Consejo, mas no del pleyto, que los acreedores entre si hizieron, sin que Don Pedro quebrasse, ni hiziesse el concurso, que este debe tener el curso regular que las demàs causas del Consulado, con apelacion al Iuez de Alçadas. (97)

75 Lo segundo, porque la referida ley concediò el conocimiento de las causas de quiebras de Mercaderes de Indias al Consulado, y apelaciones al Consejo, inhibiendo à todas las Iusticias, y Tribunales, recayendo la inhibicion en quanto à las Iusticias Ordinarias, y delegadas que ay en Seuilla, ò Cadiz, y Tribunales à quienes destas se debe apelar, por auer auido diuersas competencias entre ellas sobre el conocimiento destas causas; (98) y es indubitable que à ellas

(95) *L. 4. & vltim. tit. 17. lib. 4. Recopilat.* Paz *de tenut. cap. 13. num. 6.* Escobar *de puritat. part. 2. quæst. 4. artic.* 1. Carrasc. *de casib. Curiæ in 2. à num. 9.* D. Larr. *allegat. 107.*

(*) *L. 1. §. Si omnes, ff. de ventre inspiciendo,* Rosa *consult. 14. num. 70.* Matheu *de Regimin. Reg. cap. 12. §. 5. num. 67.*

(96) Plures relati à D. Christophor. de Paz *de tenut. loc. citat. num. 10. 11. & 12.* Carleu. *de iudic. disput. 2. q. 8. sect. 2. num. 1100.*

(97) Es la diferencia que constituye el señor D. Francisc. Salgad. *Labirint. 1. part. cap. 4. §. 1.*

(98) Como de la misma ley consta, y las Cedulas que estàn presentadas en los autos, lo explican.

ellas està clara la inhibicion, è incompetencia de jurisdicion; mas no niega, ni prohibe el que las apelaciones puedan ir al Iuez de Alçadas, y adjuntos, que es el progresso natural que tienen todas las causas de que conoce el Consulado; (99) y en este caso, aunque se diò el conocimiento de las apelaciones al Consejo, no se le quitò al Iuez de Alçadas; y assi en la misma ley (100) previene, *Que el Prior, y Consules conozcan de las dichas causas en la forma que và referida, y en grado de apelacion, si conforme huviere lugar en derecho, los del nuestro Consejo de las Indias.* Y no es verosimil, que su Magestad en vna palabra sola quiso derogar la jurisdicion del Iuez de Alçadas, (101) especialmente quando la ley solo tiene fuerça en lo que primariamente decide, y no en lo que por incidencia supone: (102) Y no siendo la inhibicion expressa, la causa publica de que aya mas Iuezes que administren justicia, (103) y el obrar la contrariedad de las leyes, (104) que dàn determinadamente el conocimiento de las apelaciones al Iuez de Alçadas, y adjuntos, surten el efecto de que la jurisdicion aya de ser acumulatiua, no priuatiua; (105) de calidad, que la preuencion sea quien dè, ò quite el conocimiento.

76. Haziendose mas indubitable con la ley 26. siguiente, (106) que la voluntad de su Magestad, de quien dimanan todas las jurisdiciones, no fue priuar del conocimiento de las apelaciones en los casos de quiebras à los Iuezes de Alçadas, ni los motiuos que causaron la ley 25. pudieron militar en ellos, para que huviesse inhibicion, porque auiendo reconocido que la ley antecedente no comprehendia à todas las jurisdicciones, y que la Casa de la Contratacion la tenia para el conocimiento de las quiebras, la inhibiò

(99)
L. 42. tit. 6. lib. 9. Recopilat. Indiar. Guia Bolañ. *loc. citat.* y el señor D. Ioseph de Veitia, *vbi sup. n. 6*

(100)
L. 25. tit. 6. lib. 9. Recopil. Indiar.

(101)
L. Si quando, C. de inofficios. testam. ibi: *Nec enim credendum est Romanum Principem, qui vestra tuetur, huiusmodi verbo rectam obseruationem testamentorum multis vigilijs excogitatam, acque inuentam velle euerti.*

(102)
D. Solorç. *tom. 2. lib. 4. cap. 7.* el señor Cresp. *obseruat. 96. q. 4.* D. Larrea *alleg. 27. num. 38.*

(103)
Bald. *in leg. Vnic. §. Vbi autem, num. 6. in fin. C. de caduc. tollend. & cons. 253. num. 2.* Angel. *in leg. Testamenta omnia, C. de testament. column. 1. ad finem.* Petr. Barbos. *de iudic. in l. 1. art. 4. num. 80.*

(104)
L. Sed & posteriores, 28. ff. de legib. Cap. Cum expediat, de election, Menoch. *de præsumpt. lib 6. præsumption. 38. per tot.* D. D. Christophor. Cresp. *obseruat. 96. num. 20.*

(105)
L. 1. C. de offic. Præfect. Vrb. vbi notat Bart. Roman. *cons. 242. num. 1.* Thomàs Gramat, *decis. 30. num. 2. & 9.* Ioan. Garc. *de nobilit. glos. 1. num. 5.* Georg. Cabed. *decis. 13. à num. 1. 2. part. & quos congerit* Petr. Barbos. *in leg. 1. de iudic. articul. 4. num. 77. & seq.*

(106)
Dict. leg. 26. tit. 6. lib. 9. Recopilat. Indiar.

biò expressamente, siendo precisa la literal priuacion, para que se entendiesse excluida: Luego si huviera sido el animo de su Magestad que el Iuez de Alçadas no la tuviesse en las apelaciones, le huviera claramente inhibido, como lo hizo con la Casa: y no auiendolo hecho, dexo su jurisdicion inmune de la inhibicion: y consiguientemente acumulatiua con el Consejo. (107)

77 Concurriendo à esto el que como las apelaciones deben interponerse en lo ragular al Iuez de Alçadas de las sentencias de el Consulado, no hallandose este inhibido expressa, y literalmente, no pudo ser comprehendido en la excepcion general, sino debiò ser la exclusion especifica, para que tuviesse efecto en quanto al Iuez de Alçadas: (108) porque quando tiene la jurisdicion general vno, y se dà à otro, si no se le inhibe al primero expressamente, queda con la jurisdiciò acumulatiua à preuencion, (109) y esto, aunq̃ en la concession vltima se ponga la clausula de que, *Este solo conozca.* (110)

78 Lo tercero, porque aunque fuera cierto que la ley referida huviera dado el conocimiento de las apelaciones de las quiebras al Consejo, y que este fuera priuatiuo, no pudiera en este pleyto auerse causado nulidad, por defecto de jurisdicion en las sentencias, porque aunque la cognicion priuatiua tiene el efecto de prohibir el q̃ otros Iuezes no se entrometan en sus causas por propia autoridad, resistiendolo los interessados en el fuero; mas no se estiende su potestad à priuar à sus subditos el comparecer, y litigar ante el Iuez que les pareciere, ni puede impedir la prorogacion q̃ por voluntad de los vassallos, y assistencia de derecho dà el vso de la jurisdicion al Iuez: (111) y auiendo Don Francisco, y los acreedores consen-

(107)
Porque la excepcion firma, y afiança la regla en contrario. *L. Quæsitum, §. Denique, ff. de fund. instruct. cap. Dominus, 32. q. 7.* Don Ioseph Vela *dissert. 13. num. 12. & dissert. 49. num. 67* D. Salgad. *part. 1. de protect. cap. 2. §. 5. à num. 1.*

(108)
Theodosius, & Valentinianus *in leg. Præcipimus, C. de appellat.* D. Cresp. *dict. obseruat. 96. num. 21.*

(109)
L. 1. de offic. Consul. Beroi. *consil. 22. num. 42. lib. 1.* Menoch. *lib. 2. de præsumpt. 18. num. 8.* Capic. *decis. 27. num. 39. & quos congerit, & refutat* Barbos. *vbi supra, à num. 79. vsque ad finem.*

(110)
L. final. juncta glos. fin. C. vbi causæ Fiscales, Bald. *cons. 253. num. 2. lib. 5.* Gramatic. *consil. 2. post decision. num. 8.* Pacian. *de probat. lib. 1. cap. 31. à num. 56.* Garc. *de nobilit. glos. 1. num. 5. vers. Pro qua,* Barbos. *vbi supra, num. 99. & sequent. & artic. 1. num. 111. & 112.* Carleual. *de iudic. disput. 2. num. 1203.*

(111)
L. In sacris, 13. §. Modum, juncta glos. ibi, verb. Eos, C. de proxim. sacr. scrinior. lib. 12. & notat Issernia *in constit. Statuimus, in fin. & ibidem* Matth. de Afflict. *num. 43. de offic. Magistr. Iustitiar.* Barbos. *vbi supr. n. 52. & 60. & quos congerit* Thomas Carleu. *de iudic. disput. 2. q. 8. sect. 2. num. 1100. & sect. 4. num. 1197. & num. 1202.* responde à las objeciones contrarias.

tido en la del Iuez de Alçadas, proſeguido ſu juizio en ella, ſin repugnancia, ni contradicion alguna, aun quando tuviera el Conſejo la priuatiua poteſtad en los caſos de quiebras de Mercaderes de Indias, por la voluntaria prorogacion las transfirieron en el Iuez de Alçadas; de calidad, que las ſentencias deben tener el efecto de coſa juzgada, que por la ley les compete, porque para que la juriſdicion priuatiua tenga la excluſion de las demas juriſdiciones, y no pueda por conſentimiento de los ſubditos prorogarſe en otros Iuezes, es preciſo que tenga decreto, y clauſula irritante; de calidad, que no ſolo priue à los demas Iuezes del conocimiento, ſino que preuenga que todo lo que en contrario, y ante otros ſe actuare, y hiziere, es de ningun valor, ni efecto; (112) con que no auiendo la referida clauſula en la ley, no parece puede auer medio para impedir la prorogacion de conſentimiento de las partes en el Iuez de Alçadas, ſiendo por todas las diſpoſiciones juridicas deſeſtimable eſta nulidad.

79 Sin que lo pueda impedir lo que deducen los acreedores en quanto à que Don Franciſco de la ſentencia del Conſulado apelò al Conſejo, y ſacò prouiſion para lleuar los autos, la qual ſobrecartò, debiendo por eſte hecho proſeguir la cauſa en el Conſejo, y cauſandoſe en el juriſdicion, porque aunque ſe interponga la apelacion ante vno de los Iuezes, ante quien ſe puede apelar, puede el q̃ la propuſo deſiſtir della, (113) ocurriendo ante otro Iuez à ſeguirla, ò por nueua prouocacion, ò por arrimarſe à la interpueſta por los litigantes, pues ſiempre q̃ no aya auido tranſportacion de autos, y conteſtacion ante el Iuez, ad que, no ſe puede dezir auer ſurtido el fuero ſuyo de calidad, que tenga derecho adquirido, para q̃ ante èl litiguen, por eſtar la reintegra; y eſto corre con mayor razon, quando el que apelò, renunciò la apelacion tacitamente por el acto de auerſe arrimado à la apelacion interpueſta por los colitigantes à otro Iuez. (114)

80 Con que auiendo Don Franciſco deſiſtido de la apelacion que interpuſo al Conſejo, y ſeguido la del Iuez de Alçadas, no pueden tener derecho à valerſe deſte acto los acreedores, para esforçar la nulidad de la incompetencia de juriſdicion, radicandola en el Conſejo, haziendo contra la diſ-

(112)
L. Teſtamenta omnia, 18. l. Conſulta, 23. C. de teſtament. l. Secundum, 32. C. de donat. Bald. *in leg. Repetita, 39. C. de Epiſcop. & Cleric. num.* 1. Barboſ *in dict. leg. 1. artic. 3. ex num. 103. vſque ad 107. & art. 4. ex num.* 46 Gama *deciſ. 219. & quos congerit* Carleu. *dict. diſp. 2. n.* 1100. *&* 1186. *&* 1203.

(113)
Cap. Solicitudinem, cap. Interpoſit. 70. §. vltim. de appellat. conſonat l. 18. tit. 23. part. 3. Robert. Maranc. *de ordin. iudicior. part. 6. num.* 424. Segiſmund. Scac. *de appellat. quæſt. 17. limit. 2. num. 16. & quos congerunt* Auguſt. Barboſ. & D. Gonçalez *in collect. ad dict. cap.*

(114)
DD. in cap. Veniſſent, de eo, qui mittitur in poſſeſsionem. D. Ioſeph Suarez *de iur. adhærend. cap. 33. num. 1. vſque ad 5.*

posicion juridica, que lo que es favorable, se convirtiesse en daño, y perjuizio del apelante. (115)

81 La segunda nulidad que contra las sentencias quieren oponer, es, que se dieron, y pronunciaron sin acuerdo de Assessor, mas este defecto se impugna manifiestamente: porque conforme à ordenanças del Consulado, y leyes de los Reynos de las Indias, se ordena que los Prior, y Consules, para determinar sus pleytos, no necessiten de parecer de Abogados, dandoles facultad para determinarlos sin ellos; mas si quieren valerse de su consejo, lo puedan hazer, dexandolo en su arbitrio; (116) no induciendose precision à que lo hagan, con la pena de nulidad de la sentencia; pues solo fue la mente Real, que si les pareciere, por consistir el punto en mero derecho, tomar dictamen, lo puedan hazer, no que de obligacion lo executen: (*) siendo mas consejo para el acierto el que la ley permite, que calidad indispensable para la validacion de las sentencias.

82 Y aunque el Autor de la Curia Philipica dize, que el Prior, y Consules, en siendo pleyto que consista en punto de derecho, deban tomar parecer de Assessor, (117) esto no debe perjudicar à la ley referida, por oponerse ex diametro à ella, y valerse de vnas leyes de la Recopilacion de Castilla, que hablan en Alcaldes de la Hermandad, y en decisiones de causas criminales, que no son aplicables al Consulado, y Comercio, donde juzgan los Iuezes por la verdad sabida, y buena fee guardada, y donde son los mejores Iurisperitos los Mercaderes.

83 Haziendose mas euidente la libre facultad para tomar consejo, q̃ aun en caso de vsar de la direcciõ de Abogados, dize la ley, no impide el q̃ lo hagã particularmente; esto es, cada vno de porsi, ò como personas priuadas; mas no les permite que en el Tribunal, ò como parte indispensable del juizio, se val-

(115)
Leg. Nulla iuris ratio, 24. ff. de legib. Leg. Quod fauore, C. eodem, Surd. *decis.* 195. *num.* 5. Giurb. *ad Mesan. cap.* 14 *glos.* 2 *n.* 4. Stephan. Grat. *discept. cap.* 665. *num.* 20.

(116)
Leg. 44. *tit.* 6. *lib.* 9. *Recopilat. Ind.* ibi: *Por que està ordenado, que para el conocimiento, y determinacion de los negocios del Consulado, y los demàs que se trataren, no interuengan Letrados; y el Prior, y Consules determinen, y resuelvan conforme à estilo de entre Mercaderes, y no permitan dilaciones: declaramos que nuestra intencion no es impedir por esto, que si quisieren consultar, y tomar parecer particularmente de algun Letrado, ò Letrados, lo dexen de hazer.*

(*)
Quando es por via de consejo, no puede causar obligacion. Hector Capic. Latr. *consult.* 63. *num.* 34. & 35. D. Molin. *de primogen. lib.* 2. *cap.* 13. *num.* 35. & 36. y en nuestro caso el señor Don Ioseph de Veitia en el Norte de la Contratacion, *lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 39.

(117)
Lib. 2. *cap. Consulado,* 15. *num.* 46 trayendo la *Ley* 8. *tit.* 13. *lib.* 8. *Recopilat.*

valgan de los Letrados para dar la sentencia; que en este caso entra la prohibicion de la ley 22. y 42. (118) Infiriendose legitimamente, que la nulidad referida no es de fundamento estimable para invalidar la executoria.

84 La tercera, y vltima nulidad de que se valen, es de auer passado à dar la vltima sentencia, auiendose recusado à vno de los adjuntos, que fue Don Iuan de la Barces, no obstante la recusacion; mas esta tiene la misma entidad, que las nulidades referidas.

85 Lo primero, porque viendo el Iuez de Alçadas las recusaciones que se auian hecho en otros adjuntos nombrados, y que se originauan maliciosas dilaciones, proueyò auto, para que no se admitiessen mas; y auiendo nombrado à Don Iuan de la Barces, le recusaron; no admitiò la recusacion, apelaron, y mandòse guardar lo proueido; de donde se infiere que queriendo aora los acreedores oponer esta excepcion otra vez en la execucion de la sentencia, no se les debe admitir; porque la excepcion, y articulo que se deduxo en la causa principal, sobre que se determinò, no se puede bolver à controuertir en la execucion, ni admitirse por el Iuez. (119)

86 Y aunque se quiera dezir, que aqui se introduce esta pretension, no por via de excepcion, sino para coadjuvar la injusticia notoria, es de menos fundamento, porque el Iuez de Alçadas procediò con toda justificacion en no admitir la recusacion; porq̃ quando se reconoce es afectada, maliciosa, y con animo de dilatar, està en obligacion el Iuez de resistirla; (120) y esto con mayor razon, quando para recusar à los adjuntos, y en especial à D. Iuan de la Barces, no dieron los acreedores causa, debiendolo hazer; (121) assi porque quando es la jurisdicion connexa, que con la recusacion se amueue totalmente el Iuez, es necessario causa probada; de calidad, que de otro modo

no

(118)
Leg. 22. y 42. tit. 6. lib. 9. Recopilat. Indiar.

(119)
El señor Gregor. Lopez *in l. g. penult. & vltim. tit. 3. part. 3.* Petr. Barbos. *in leg. Diuortio, §. final. 2. part. à n. 55. & 59. ff. solut. matrimon.* Guzman *de euiction. q. 20. num. 32.* Carleual *de iudic. tit. 3. disput. 17.* Agustin. Barbos. *voto 126. num. 131. & quos congerit* D. Salgad. *4. part. de protect. cap. 7. à num. 79. & cap. 9. à num. 28. & 3. part. Labirint. cap. 1. à num. 99. 104. & 15.*

(120)
§. Item tria, instit. de excusat. tutor. leg. Sed & qui data, ff. ex quib. caus. maiores, leg. Vxori, §. 1. ff. ad leg. Cornel. de falsis, leg. 2. §. Simili, ff. si quis cautionib. ibi: *Nam si ipse hoc affectauit, vel causam non præstitit, non proderit ei exceptio.* Aluar. Valasc. *consult. 162. num. 3. & quos congerit,* en caso de recusacion, D. Valenç. *consil. 170. ferè per tot. specialitèr num. 1. & 2. & 3.* Acebed. *in leg. 1. tit. 16. lib. 4. Recopilat. n. 33.* Iuan Iacobo Laur. *in tractat. de Iudice suspect. cap. 8. num. 29.*

(121)
Euia Bolañ. *in Cur. Philippic. lib. 2. cap. 15. num. 8.* ibi: *Para recusar alguno del Prior, y Consules, es necessario dar, y probar justa causa de la recusacion, porque por ella, por no tener jurisdicion insolidum, sino todos juntos, el recusado es remouido en todo del conocimiento de la causa, y lo mismo es en el Iuez, y adjuntos de sus apelaciones.* Y assi se deben entender las recusaciones preuenidas en la *Ley 38. tit. 6. lib. 9. Recopilat. Indiar.*

no se admite, (122) como por ser el Iuez de Alçadas, y adjuntos que se nombran en estas causas, Iuezes superiores; pues dellos no se admite apelacion, suplicacion, ni otro recurso; (123) y siendolo, sin causa probada, no se pueden recusar; (124) con que auiendola reconocido el Iuez maliciosa, y afectada, infiriendose esta malicia de auer recusado muchos adjuntos, (125) y no auiendose dado causa legitima, ni illegitima para ella, procediò juridicamente en no auer dado assenso à la recusacion.

87 Lo segundo por que no debe ser estimable la nulidad, es, porque el Consulado, Iuez de Alçadas, y sus adjuntos, tienen jurisdicion ordinaria, y obran como tales en las causas de los Mercaderes; (126) y quando muchos Iuezes Ordinarios han de juzgar vna causa, aunque aya vno recusado, puede este con los demàs dar sentencia, y esta es valida, no obstante la recusacion; (127) porque la inhabilidad deste Iuez no ha de quitar la habilidad que tienen los otros; (128) acresciendose la jurisdicion del Iuez inhabil à los Iuezes que se hallan capazes de sentenciar, (129) y puede ser fuesse el motiuo que tuvo la ley Real, (130) que hablando en nuestro caso, dize que estando conformes los tres, ò los dos, hagan sentencia, firmandola todos tres; siendo assi, que en los Tribunales superiores no pueden hazer sentencia, no siendo los tres conformes. (131)

88 Estas son las nulidades que oponen los acreedores à las sentencias del Consulado, y Iuez de Alçadas, cuya insubsistencia, parece queda claramente notada; y porque con el pretexto de recurso del Consejo, por notoria injusticia, no se quiera instaurar el juizio que dexò perfectamente cerrado la executoria, se harà euidente su inadmision;

K por-

(122) Es doctrina del señor Gregor. Lop. en la *Ley* 22. *tit.* 4. *part.* 3. *glos.* 5. *&* 9. y Acebed. *in leg.* 1. *&* 2. *lib.* 4. *Recopilat.* y Euia Bolañ. *Vbi supra.*

(123) Como queda assentado con la *Ley* 43. *tit.* 6. *lib.* 9. *Recopilat.*

(124) *Leg.* 1. *&* 2. *tit.* 10. *lib.* 2. *Recopilat.*

(125) Menoc. *lib.* 2. *de arbitrar. iudic. cas.* 458. *num.* 12. dicens: *Esse præsumptionem contra recusantem tot Iudices, vt per fraudem recusare censeatur: & quos congerit,* D. Valenç. *cons.* 171. *num.* 52. *&* 53.

(126) Strac. *de mercatur.* 2. *particul. vltim. part. princip. quomodo procedend. sit de iudic. num.* 5. Acebed. *in leg. vnic. num.* 8. *tit.* 13. *lib.* 3. *Recop.* Curia Philippic. *lib.* 2. *cap.* 15. *num.* 8.

(127) *Leg.* 1. §. *Pomponius, ff. quod falso tutor. Author.* Agustin. Morl. *in empor. iur. tit.* 2. *de iurisdict. omn. iud. in proœm. num.* 212. Guacin. *in defens. reor. defens.* 1. *cap.* 19. *num.* 78. *& quos congerit* Marius Giurb. *cons.* 9. *num.* 7.

(128) Gomez *in cap. Statuimus, num.* 113. *de rescript.* Roman. *cons.* 506. *n.* 13. Gail. *lib.* 1. *de pac. public. obseruat.* 6. *num.* 21. Onded. *cons.* 21. *num.* 45.

(129) *Leg.* 1. *ff. de offic. Consulis, leg. Imperatores, §. Si Magistratus, ff. de appellat. Leg. Proprium fundum, ff. commun. prædior.* Capic. *decis.* 28. *n.* 11. Vantiò *de nullit. tit. de defect. iurisdict. num.* 184.

(130) *Leg.* 37. *tit.* 6. *lib.* 9. *Recop. Indiar.* ibi: *Y siendo todos tres conformes, ò los dos dellos, hagan sentencia, y la firmen todos tres, y se execute.* El señor D. Ioseph de Veytia *en su Norte, lib.* 1. *cap.* 15. *num.* 59. *in fine.* dize lo executò assi, siendo Iuez de Alçadas.

(131) *Leg.* 43. *tit.* 5. *lib.* 2. *Recop.* Bobadil. *in polit. lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 50.

(132)
Bursat. *cons.* 73. *num.* 3. Farinac. *practic. crimin. tom.* 1. *quæst.* 21. *n.* 17. *ad fin.* Segismund. Scac. *de appellat. q.* 19. *conclus.* 5 *sub num.* 10. *&* *quos allegat* D. Salgad. *de Reg.* 3. *p. cap.* 9. *à num.* 36.

(133)
Porque la sentencia se presume auerse dado conforme à derecho, y como se debiò dar, *Leg. Si quis ad exhibend. ff. de exception. rei iudicat.* Bart. *in leg. Si fundus, §. In vindicatione; ff. de pign.* Mart. *vot.* 15. *n.* 5. *& quos congerit* D. Valenç. *cons.* 169. *num.* 45.

(134)
Supra relati num. 132.

(135)
Leg. final. §. vltim. quod metus caus. Alvar. Valasc. *consult.* 65. *ad finem.* Gama *decis.* 324. *num.* 1. *&* 3. *& quos allegat* D. D. Laurent. Matth. *de re crimin. controuers.* 70. *num.* 38.

(136)
Veanse todas las leyes del *tit.* 6. *lib.* 9. *Recopilat. Indiar.*

porque quando el recurso se intenta por notoria injusticia, ò por otro de los medios que la legal prouidencia tiene preuenidos, se debe, segun la practica de los Tribunales superiores, pedir informe al Iuez à quo, y auiendole remitido con relacion de todos los autos, si dellos claramente resulta la injusticia, notoria, se admite; y si no consta, porque no la ay, ò porque tiene alguna duda, ò controuersia legal, ò porque no se induce notoriamente de los autos, es el caso en que no se debe admitir; (132) siendo la razon, porque como este es vn recurso sumamente extraordinario, y violento, pues se dirige à impugnar directamente lo sagrado de vna executoria; en auiendo duda, se debe decidir à fauor de lo sentenciado: (133) y la excepcion de injusticia, no siendo de las que euidentemente se saque de los autos, sin mas prueba, que lo que dieren de si, no puede ser admisible contra las sentencias, ni puede impedir el curso de su execucion. (134)

89 Y no conteniendo las excepciones opuestas en su reieccion injusticia notoria, ni en lo principal de la sentencia incluyendose, no ay medio por donde instaurarse el juizio que legitimamente està seguido, y con justificacion determinado.

90 Y quando huviera faltado alguna solemnidad, y huviera causa para insuflarse la instancia por via de recurso, siendo como es (y queda probado) la sentencia justificada, y arreglada à la disposicion juridica, se debe confirmar por el Tribunal superior. (135)

91 Y esto con mayor razon, quando se litiga vn pleyto entre Mercaderes ante el Consulado, Iuez de Alçadas, y adjuntos, donde toda solemnidad, escrupulo, y sutileza juridica està con superior prouidencia excluida; donde dilaciones, ni maliciosas, ni legales se admiten; donde por leyes expressas, por obviarlas, se repugna todo legal dictamen; donde por verdad sabida, y buena fee guardada, se decide; donde los Iuezes tienen mas el exercicio de amigables componedores, y arbitros, que el riguroso de Magistrados; (136) siendo la razon el mantener el trafico, y comercio, que es el neruio principal, y

basa

basa fundamental del cuerpo Monarquico, (137) y mantener en paz, y quietud los vassallos; pues como dize el Grande Casiodoro: (138) *In immensum trahi non decet finita litigia, quæ enim dabitur discordantibus pax, si nec legitimis sententijs aquiescitur? Vnus enim inter procellas humanas portus instructus est, quem si homines feruida voluntate prætereunt, vndosis iurgijs semper errabunt.*

(137) *Quos congerit* D. D. Petr. Salced. *de contrauand. cap. 2. num. 23.*

(138) *Lib. 1. variar. epistol. 5.* à quien sigue Pedro Gregor. *sintaxis art. mirabil. lib. 3. cap. 5. num. 26.*

DISCURSO TERCERO.

QVE SE LE DEBE HAZER PAGO à Don Francisco del caudal que resultò à su fauor de las cuentas, sin que lo puedan impedir los agrauios deducidos.

92 HASE Tratado en los Discursos antecedentes de la validacion de la executoria de las sentencias del Consulado, Iuez de Alçadas, y adjuntos, y dexado assentada su justificacion, y satisfechose à las nulidades; solo resta inquirir si tienen, ò no efecto executiuo las cuentas, que en fuerça della se formaron, y alcançes que à fauor de Don Francisco se sacaron; y es sin duda, que en lo que los Contadores nombrados por las partes se conformaren, siendo confirmado por sentencia del Iuez, que de la causa conozca, se execute, sin embargo de apelacion, palabras que se deducen de vna ley Real, y practica inconcusa. (139)

93 Pero porque en esta ley ay la clausula, *Siendo confirmado por Iuez que de la causa conozca*: Que parece inducen necessidad del requisito de la confirmacion; de calidad q̃ sin èl no pudo llegarse à executar el alcance, no auiendole auido en esta causa, serà preciso dar satisfacion por què, no obstante su defecto, se pretenda nulidad del auto de prueba, y execucion por el alcance.

(139) *Leg. 24. tit. 21. lib. 4. Recopilation.* Escobar *de ratiocin. cap. 31. num. 9.* Parlador. *rerum quotidianar. lib. 2. cap. final. part. 1. § 6. num. 3.* Amad. Rodrig. *de execut. cap. 1. art. 3. ex num. 20.* Carrasc. *cap. 11. num. 65. & 71.* Ioann. Gutier. *pract. lib. 1. q. 37. per tot. & specialiter num. 3.* D. Francisc. de Amaya *in leg. 3. C. de iur. Fisc. num. 42. & num. vltim*

(140)
Leg. Quamuis, ff. de condit. & demonstrat. Afflict. *decis.* 157. *num.* 2. Olasc. *decis.* 129. *per tot.* Gratian. *discept. forens. cap.* 183. Acebed. *alios referens in leg.* 22. *tit.* 6. *lib.* 3. *Recop. num.* 9. Damaud. *in tractat. de tutor. cap.* 7. *num.* 23. *& quos congerunt* Escobar *cap.* 33. *num.* 19 *&* 20. *&* D. Salgad. *de protect. part.* 4 *cap.* 9. *à num.* 140. *vsque ad n.* 154.

(141)
D. Salgad. *vbi supra, num.* 153. *in fin.*

(142)
Leg. Iuris gentium, §. Quod ferè, ff. de pact. leg. 1. *ff. de vsuris*, Gratian. *discept. cap.* 323. *num.* 10. Gomez *in leg.* 45. *Taur. sub num.* 139. D. Salg. *vbi supra, num.* 150. *ad num.* 154.

(143)
D. Salgad. *vbi supra, num.* 143. *&* 144. aunque dize lo contrario Gutierr. *dict. q.* 37. *num. fin. lib.* 1. *practicar.*

94 Y llegando à disputar esta question los Doctores, de que si se necessita de confirmacion de el Iuez para despachar la execucion, ò no; de calidad, que sea nulidad que impida el curso executiuo, resuelven los mas, y de mejor nota, que no, porque auiendo sido condenado el deudor à dar cuentas, es como articulo incidente, y connexo su execucion, sin necessitar de sentencia confirmatoria dellas, (140) ni de otro ningun adminiculo, ni circunstancia, conteniendo en si dos articulos separados, que son, dar las cuentas, y executar su alcance. (141)

95 Y esto con mayor razon, quando el mandato de dar cuentas prouiene de sentencias que formaron vna perfecta executoria, que aunque estas sean de estrecha forma, y naturaleza, no por esso dexan de admitir por interpretacion todo aquello que fue virtualmente comprehendido en ellas, y que de sus palabras expressas tacitamente se debe inducir; (142) con que auiendose mandado ajustar las cuentas, nombradose Contadores para ellas, y resultado alcance à fauor de Don Francisco, no se necessitò, para despachar el mandamiento de execucion por el Consulado, de sentencia confirmatoria; y en no auerlo hecho, se le hizo agrauio à Don Francisco.

96 Haziendose mas euidente lo insubstancial del requisito de la confirmacion; con que auiendo superior ante quien apelar deste perjuizio, no decide en quanto à èl, anulando, ò validando la execucion, sino que conociendo de los agrauios, determina en quanto à ellos, (143) con respeto à la justicia, ò injusticia que contienen.

97 Pero supongamos que sea indispensable el requisito de la confirmacion, y veamos si en este caso el Consulado, como executor, aora sea mero, aora mixto, procediò conforme à derecho en auer recibido este pleyto del alcance de las cuentas à prueba, ò debiò precisamente confirmarlas, y despachar mandamiento executorio por el alcance liquido, no obstante los agrauios deducidos.

Y

98 Y parece sin controuersia, que el auto que debiò corresponder à la peticion de agrauios, y en cuyo lugar se diò el de prueba, auia de ser el confirmatorio, y de execucion del alcance; porque la practica obseruada inconcussamente en las cuentas, es, dar traslado à los interessados dellas; y si deduxeren agrauios, recibirlos à prueba, con breue termino, y dar la sentencia, de que no se debe admitir la apelacion en el efecto suspensiuo, sino passar à la execucion del alcance. (144)

99 Mas esta practica es, quando los agrauios, ò excepciones son de naturaleza que el Iuez Executor, aora mixto, aora mero, los deba admitir; porque si fueren de naturaleza tal, que destruyan los meritos de la causa principal, aunque sea mixto el Executor, no pudo, ni debiò admitirlos; (145) y siendo vno de los agrauios deducidos contra las cuentas, y el mas principal, el que los Contadores debieron sacar lo primero de todo el globo las deudas, cuyo intento ex diametro se opone à toda compañia particular, que es la declarada en las sentencias, pues como và probado, no està obligado el consocio à ellas, no ocurriendo los requisitos expressados, es impugnar todo el contexto dellas, y consiguientemente contra derecho su admission.

100 Haziendose mas euidente con que el Executor mixto no puede admitir las excepciones que se controuirtieron en la causa principal, y que quedaron, ò denegadas expressamente, ò tacitamente no admitidas; porque fuera darse motiuo à tocar en lo sagrado de la executoria, y oponiendose de vnos en otros Iuezes, dar vn proceder in infinitum. Y auiendose todos los agrauios, que se deducen por los acreedores, opuesto, ventilado, y determinado en la causa principal, con què legal disposicion pudo el Consulado admitirlos, y recibirlos à prueba? (146)

101 Hazese mas claro lo injustificado del auto de prueba que se diò por el Consulado; porque supongamos que debiò admitir estas excepciones, y dar traslado dellas à los interessados, conforme à la practica referida; mas no pudo auer motiuo legal para recibirlos à prueba, siendo la razon porque, aun-

(144)
Doctores citati supra num. 139.

(145)
Glos. in cap. Pastoralis, §. Quia vero, verb. Etsi sciat, de offic. deleg. Leg. Executorem, Leg. Sicut proponis, C. de except. rei indicat. D. Couarr *pract. cap. 16. num* 5. D. Salgad. *de Reg. 4. part. cap. 7. a num. 16. & seqq.*

(146)
Cap. Suborta, de except. rei indicat. glos. final. in leg. Nesennius, ff. de re iudicat. Bart. *in leg. Ex diuers. §. fin. vbi* Alexand. *column. 2. ff. solut. matrimon.* Ludou. Roman. *cons.* 412. Bernard. Diaz *in regul.* 250. *limitat.* 2. Carrasc. *in tractat. 2. an habeat locum restit. contra sentent. reuision. num.* 119. *& quos congerit* D. Salg. *de Reg. part. 4. cap. 7. num. 69. & citati supra num.* 119.

(147)
D. Salgad. & Escobar *vbi supra*, Ioann. Gutierr. *vbi supra, num. final.* ibi : *Si opus est.*

(148)
Leg. Ad probationem, C. de probat. cum Din. & Immol. *resoluit* Roland. à Vall. *cons.* 47. *num.* 28. *volum.* 3. D. Salgad. *de Reg. protection. part.* 3. *cap.* 6. *num.* 64.

(149)
Leg. 2. *in fin. ff si quis in ius vocatus non ierit, Leg. Arbitror si Kalendis, ff. de arbitrijs, & quos congerit* D. Salgad. *vbi supra, num.* 65.

(150)
Alexand. *cons.* 99. *volum.* 3. Bald. *cons* 493. *num.* 3. Rota Genuens. *decis.* 101. *num.* 6. Foller. ad Marant. *de iudic. part.* 6. *act.* 8. *sub num.* 3. D. Gregor. Lop. *in leg.* 8. *tit.* 10. *glos. magn. in fin. part.* 5. Baeza *de dot. cap.* 36. *num.* 20. Petr. Sanz *de diuision. bonorum, lib.* 2. *cap.* 9. *num.* 15. *& quos congerit* Mar. Giurb. *decis.* 15. *per tot.* donde trae ambas sentencias, y en el *num.* 8. y 9. las concilia con distincion, que se aplica à nuestro caso.

aunque el estilo sea, recibir los agrauios à prueba, que se deducen de las cuentas; esto se ha de entender si ay necessidad, ò precision de probança, porque las excepciones consiste su justificacion en la prueba; (147) mas si no la necessitaren, ò porque probado, no aproueche, ò porque la excepcion consista in mero iure, entonces, como en las demás causas, no se debe recibir à prueba; (148) y si el Iuez lo hiziere, haze agrauio notorio, que se debe reponer, y obviar por el superior. (149)

102 Con que quando fueran estos agrauios, ò excepciones de los que regularmente se deben admitir; consistiendo su determinacion en punto de derecho, como es, si se debe en la compañia particular sacar lo primero del todo las deudas que contraxo vno de los compañeros, sin consentimiento del otro; si fue injusticia, ò no, el dar la vltima sentencia, con vn adjunto recusado; es sin dispunta, y conforme à toda legal disposicion, que no se debiò passar à dar el auto de prueba, sino que confirmando las cuentas, huvo precision de despachar execucion por el alcance.

103 Y quando todo lo referido no tuviera tan juridico apoyo, y fueran estimables las excepciones, estas solo pudieran suspender la execucion en quanto à los frutos, fletes, y aprouechamientos, mas no impedir el curso executiuo en quanto à la cantidad que Don Francisco pagò por la mitad del Nauio, y caudal que para su mejor auio ministrò; que este, como liquido, y como considerado capital de la compañia, aun sin dar las cuentas, tiene aparejada execucion. (150)

104 Estas son las disposiciones legales que justifican la pretension de Don Francisco, y determinaciones del Consulado, Iuez de Alçadas, y adjuntos; y aunque contemplando su euidente justicia, pudiera assegurarse del buen logro, recurre à la grande prouidencia del Consejo, donde se persuade hallarà aliuio su desconsuelo, causado de pleyto tan dilatado; recobro su caudal infructifero, y perfecta execucion las sentencias, pues es obligacion del supremo

insti-

inſtituto que exercen, como el gran Politico Barclayo lo acuerda, (151) introduciendo à Iburrane, que aconſeja à ſu Rey, ibi: *Nunc æterna ſunt iurgia, vt ſi cum ſumptibus ſit moleſtiarum ratio, grauius putes ſic vincere, quàm confeſtim damnari: illud eſt potiſsimum, quod exigit tuam curam: amputa ambages, conſtitueque ſpatium vltra quod nullis litibus fas ſit ſeneſcere.* Aſsi lo eſpera. Salva, &c.

(151) Ioann. Barclai. *in ſua argentar. lib. 3. pag. 661.*